

UNIVERSITÉ DE PARIS. - FACULTÉ DE DROIT

LE ROLE DU JUGE

dans le Droit anglais

et

dans le Droit de l'Islam

comparés

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Droit public et Droit privé)

Présentée et soutenue le Jeudi 22 Novembre 1929, à 14 heures

PAR

Mohamed Fouad Ismaïl MOHANNA

MEMBRES DU JURY :

Président : M. LÉVY-ULLMANN.

Suffragants { M. COLLINET.
M. PIÉDELIÈVRE.

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU
ROUSSEAU et C^{ie}

ÉDITEURS

14. rue Soufflot et rue Toullier, 13

— 1929 —

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

LE ROLE DU JUGE

dans le Droit anglais

et

dans le Droit de l'Islam

comparés

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Droit public et Droit privé)

Présentée et soutenue le Jeudi 22 Novembre 1929, à 14 heures

PAR

Mohamed Fouad Ismaïl MOHANNA

MEMBRES DU JURY :

Président : M. LÉVY-ULLMANN.

Suffragants { M. COLLINET.
M. PIÉDELIÈVRE.

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU et C^{ie}

ÉDITEURS

14. rue Soufflot et rue Toullier, 13

— 1929 —



INTRODUCTION

« Je ne dissimule pas mon admiration pour la magistrature anglaise. Je reconnais que son mérite ne vient pas de sa science, il tient à son caractère, et ce caractère la rend digne du grand rôle que lui assigne la loi écrite et non écrite de la constitution. »

Comte de FRANQUEVILLE.

« Un juge sur la terre est le représentant, le continuateur du prophète dans l'administration de la justice. »

ABU HANIFA.

Deux systèmes juridiques d'une nature distincte (1) fonctionnant à des époques fort éloignées : l'un s'achève, dès son origine, vers le progrès tandis que l'autre a marché vers une décadence rapide. Dans le premier, la science du droit commençant dans un milieu favorable ne cesse plus de se développer et de progresser ; dans le deuxième elle atteint son apogée dès le début, tombe aussitôt après, en décadence et finit par ne plus montrer aucun signe de vie.

Dans l'un comme dans l'autre de ces deux systèmes,

(1) Le système de l'Islam étant un système religieux.

les juges ont tenu une situation très haute, un rang social très élevé ; ils se sont imposés par leur mérite personnel au respect et à l'admiration des peuples ; ils ont été entourés de tous les honneurs.

Les juges anglais, à cause de leur situation particulière, de leur nombre très restreint, de leur continuel contact et enfin à cause de leur mérite personnel et de leur parfaite connaissance de la science juridique, exerçaient une influence considérable sur l'évolution et le développement du droit. Ils ne tardèrent pas à voir leurs décisions acquérir la force obligatoire, et finirent par se voir reconnaître un pouvoir purement créateur de droit.

Les juges de l'Islam de l'autre côté, à cause de leur parfaite connaissance des dispositions du livre saint et des hadiths authentiques du prophète, à cause de leur aptitude à manier ces deux sources principales du droit et à en extraire les solutions juridiques nouvelles, à cause enfin de leur mérite et de leur piété, se sont vu reconnaître le titre de « Mudjtahidin » au nom duquel ils se sont livrés — en même temps que les mudjtahidin jurisconsultes — sur les sources de droit à un travail admirable d'analyse et de recherche scientifique duquel est sortie cette masse énorme que nous avons aujourd'hui de la jurisprudence musulmane.

Les juges anglais et les juges de l'Islam possèdent aussi dans les deux systèmes un pouvoir étendu dans l'administration de la justice.

Quels sont ces hommes illustres ? Quelle est la nature et l'étendue de l'œuvre qu'ils ont accomplie, les uns et les autres dans le domaine du droit ? Quel est leur

rôle dans l'Administration de la justice ? Existe-t-il des points communs entre le rôle du juge anglais et celui du juge de l'Islam ? Telle est dans ses grandes lignes l'étude que nous nous proposons de faire ici.

On a coutume en France, chaque fois qu'on parle du droit anglais, de prononcer le terme anglais « judge-made law » ; mais un tel terme exprime-t-il la nature exacte de la « common law » anglaise ? Le juge anglais, est-il un véritable créateur du droit, aussi bien que l'est un législateur ? ou, au contraire, son pouvoir est-il d'une autre nature ? De quelle façon exacte accomplit-il son rôle ? Tel est un point qui a particulièrement attiré notre attention.

Notre étude concernant le rôle du juge de l'Islam ne peut avoir qu'un intérêt historique et scientifique. L'exercice de l'effort législatif par les Mudjtahidîn de l'Islam n'a duré que trois siècles environ, et, alors même qu'il serait possible de rouvrir aujourd'hui la porte de l'idjtihad, nous n'admettrions pas que l'exercice de cet effort soit laissé aux juges ou aux jurisconsultes travaillant isolément, mais à un corps de jurisconsultes constitué à l'instar des pouvoirs législatifs modernes.

La comparaison entre les deux systèmes que nous entreprenons ici, si elle ne peut pas avoir, comme étude de droit comparé, un but de généralisation, du moins peut-elle répondre à ces conceptions d'« érudition pure, d'érudition historique » dont Summer Maine et ses continuateurs avaient fait le but de l'étude du droit comparé. Elle pourrait constituer, à ce point de vue « une étude scientifique purement désintéressée ».

“ Nous conduirons cette étude en deux parties : la première consacrée au droit anglais et la deuxième au droit de l'Islam. Nous nous proposons de suivre le même ordre dans les deux parties. Nous consacrerons par conséquent, dans l'une et dans l'autre partie :

Un premier chapitre à l'organisation judiciaire,

Un deuxième, à la situation sociale, caractère et moralité des juges à travers les âges,

Un troisième, « au rôle du juge dans le domaine du droit ».

Enfin, un quatrième chapitre sera consacré au rôle social du juge, à l'administration de la justice.

Nous ne prétendons pas présenter ici une étude complète de toutes les questions que nous allons aborder. Notre seule préoccupation étant de déterminer le rôle du juge, nous laisserons de côté : tout ce qui n'est pas de nature à nous permettre d'atteindre ce but.

PREMIÈRE PARTIE

Le rôle du juge dans le droit anglais

CHAPITRE PREMIER

L'ORGANISATION JUDICIAIRE EN ANGLETERRE

L'Angleterre est un pays de développement coutumier ; toutes les institutions s'y développent au cours du temps, suivant le besoin qui se fait sentir ou sous l'impulsion des autres circonstances analogues. En ce qui concerne l'organisation judiciaire, il suffit de parcourir l'histoire de ces institutions pour se convaincre que les tribunaux anglais ont subi à travers leur histoire des transformations importantes dans leurs compétences et dans leur existence par la seule force de ce que nous pouvons appeler ici « les coutumes judiciaires ».

Nous voyons d'un côté un tribunal disparaître faute d'emploi et d'un autre côté, un autre apparaît, tout seul, si on peut dire, parce que le besoin l'appelle à l'existence. Un exemple frappant et tout récent de ce dernier cas nous est fourni par la création de tribunaux de Commerce en Angleterre.

Sans le concours du législateur, sans même s'appuyer sur une consécration ancienne ou une coutume (Levy-Ullmann cours de doctorat 1926-1927 : le système juridique) apparaît, à partir de 1895 une « commercial court », tenant ses audiences en dehors du Palais de Justice : à l'Hôtel de Ville. Comment cela s'est-il produit ? L'explication en est simple.

La section du banc du roi à laquelle furent attribuées les affaires commerciales, n'ayant pas la compétence spéciale nécessaire pour juger ce genre d'affaire, voyait s'élever contre sa juridiction des critiques de tous les côtés et les plaideurs lui préféraient souvent l'arbitrage volontaire. Pour apporter un remède au mal ressenti, les juges du banc du roi ont décidé que certains litiges de nature commerciale pourraient, à l'avenir, être inscrits sur une liste spéciale qui les destinerait à être tranchés par le magistrat de la cour du banc du roi ayant l'expérience et la pratique de ces affaires. Et voilà une cour de commerce créée, ayant un juge nommé à tour de rôle parmi ceux de la section du banc du roi, mais ayant toujours l'expérience et la pratique des affaires commerciales (1).

Et si nous reculons un peu plus en arrière dans l'histoire nous trouvons plusieurs autres exemples dont nous ne citerons ici que quelques-uns.

Les trois cours de common law qui formaient, sous Edward 1^{er}, trois cours distinctes, ayant chacune une

(1) Cours de doctorat 1926-27, M. Lévy-Ullmann, *Système juridique de l'Angleterre*.

compétence spéciale sont devenues, sous le règne d'Elisabeth, de simples chambres d'une même cour, avec une compétence concurrente dans toutes les matières. Une évolution historique intéressante s'est produite, pendant ce temps. La cour de l'échiquier, qui n'était qu'une cour fiscale et la cour du banc du roi (ou banc de la reine) qui s'occupait surtout des affaires pénales, ont commencé par concurrencer la cour des plaids communs dans sa juridiction civile (pour plusieurs raisons, parmi lesquelles nous signalons celle de frais de justice) et ont fini en employant diverses fictions légales, par s'attribuer une juridiction civile concurrente, de sorte qu'au temps d'Elisabeth, nous trouvons trois cours jugeant sur un pied d'égalité tous les procès de common law.

Un autre exemple, non moins important, est celui qui concerne l'apparition et le développement de la juridiction du Chancelier (1). D'une juridiction exceptionnelle née apparemment sous le règne d'Edward III composée du chancelier seul, est sortie une juridiction ordinaire d'équité et même tout un système de droit : l'équité. A la veille de judicature act de 1873, nous trouvons à côté du Chancelier, 3 vices-Chanceliers et un maître des rôles ayant chacun un tribunal et au-dessus de tout une juridiction d'appel.

(1) And so, again apparently without any formal enactment, suitors, instead of applying for new writs under the statute of 1285, got into the habit of presenting informal petitions or « Bills » to the Chancellor, praying him « for God and Charity » to summon before him the person accused... (Jenks: book of english law, p. 41).

Aujourd'hui même et malgré la judicature act et les autres statuts nombreux, la coutume joue encore un certain rôle dans l'organisation et la compétence de la justice criminelle et la justice civile inférieure (1).

L'Angleterre est un pays de coutumes ; toutes ces institutions ont une origine plus ou moins lointaine, aussi pour étudier ces institutions, il ne faut pas perdre de vue leur histoire. Nous n'avons pas l'intention ici de décrire toute l'organisation judiciaire anglaise ; nous voulons simplement donner un exposé bref de cet ensemble de tribunaux, de ce bench anglais qui a si puissamment contribué à la formation d'une grande partie du droit anglais : la common law et l'équité.

Ainsi, nous ne parlons pas ici, ni des cours de juridiction spéciale (cours ecclésiastiques, cours universitaires, etc., etc...), ni de cours de juridiction locale (cour de Lord-Maire, cour des bourgs, cours de chérifs, etc.) pour borner notre étude aux Cours de juridiction générale, civile et criminelle.

Mais avant d'aborder cet exposé, quelques traits caractéristiques de l'ensemble du système judiciaire anglais méritent ici d'être signalés. Ils sont au nombre de trois :

1. — *Défaut des tribunaux administratifs* : l'Angleterre ne connaît pas ce genre de tribunaux ; tout fonctionnaire est responsable de ses actes et tout procès, aussi bien entre particuliers, qu'entre l'Etat et des parti-

(1) Comte de Franqueville : *Le Système judiciaire de la Grande-Bretagne*, T. I, p. 175.

culiers, est soumis aux tribunaux ordinaires (1). En plus, la justice peut intervenir, soit pour défendre à un agent de dépasser les limites de ses attributions, soit pour lui ordonner d'exercer les fonctions que la loi lui impose.

2. — *Le principe de juge unique* : La collégialité des juges en Angleterre est exceptionnelle (2). Dans presque tous les degrés de juridiction civile et criminelle, nous voyons qu'un seul juge tient l'audience, avec ou sans l'assistance de jury. La cour de comté est tenue par un seul juge ; dans les audiences de la cour d'assises criminelles et civiles, siège, seul, un juge de la section du banc du roi ; dans la section de la chancellerie, chacun des cinq juges, siège, seul, dans une chambre spéciale, avec un personnel attachant à lui ; dans la section du banc du roi et celle des testaments et divorces le principe du juge unique domine sauf dans le cas des Chambres divisionnaires ; même dans les Cours des sessions trimestrielles, la loi se contente d'un seul juge. On voit par là comment ce principe est prépondérant en Angleterre. En effet, il n'y a que dans la cour d'appel et dans la Chambre de Lords que la collégialité fait la règle.

3. — *Justice ambulatoire* : L'Angleterre a toujours considéré que le meilleur moyen de rendre la justice

(1) Comte de Franqueville: *Le Système judiciaire de la Grande-Bretagne*, T. I, p. 25.

(2) Lévy-Ullmann, cours de doctorat 1926-27.

est de la porter aux justiciables ; elle a ainsi conservé le vieux principe normand « juge ambulant » jusqu'à nos jours.

Le juge de comté ne fait que se déplacer pour tenir les audiences, dans les différentes villes de son ressort, effectuant ainsi plusieurs milliers de kilomètres de voyages par an. On évaluait, vers 1873, à 18.000, les affaires jugées par an, par un seul juge et les parcours qu'il faisait, dans ses voyages, à cinq ou six mille kilomètres.

Après cet aperçu général, nous arrivons au point principal de notre chapitre : l'organisation judiciaire en elle-même. Nous parlerons, tout d'abord, de la Chambre de Lords et de la cour supérieure qui se trouvent au sommet de la justice anglaise, à cause de leur compétence générale, civile et criminelle et encore parce qu'une loi importante est venue, en 1873-1875 concentrer la justice supérieure en une seule cour : la cour suprême de justice ; ensuite, nous parlerons séparément de la justice civile et de la justice criminelle, en suivant l'ordre de leur importance, en commençant par la juridiction inférieure et montant, de degré en degré, jusqu'aux cours supérieures. Ainsi, pour la justice civile, nous parlerons des cours de comté et de cours d'assises, et pour la justice criminelle, nous parlerons des juridictions sommaires, des cours de sessions trimestrielles, des cours d'assises, de la cour centrale criminelle de Londres, et enfin de la cour d'appel criminelle.

LA CHAMBRE DES LORDS

La Chambre des Lords constitue une cour souveraine, au sommet de la justice anglaise ; elle avait d'abord été supprimée en 1873, puis maintenue provisoirement, elle fut rétablie en 1875.

Elle est composée du Lord Chancelier de la Grande-Bretagne, des law peers et des (« Lords of appeal in ordinary ») lords d'appel en service ordinaire (1). Ces derniers forment l'élément professionnel de la chambre. Ils sont aujourd'hui au nombre de six ; leur traitement est de 6.000 Livres sterling. Ils sont barons et pairs, mais leur titre n'est pas héréditaire.

La juridiction de la Chambre des Lords est à la fois une juridiction en dernier appel et de cassation. Cette juridiction est générale, civile et pénale et s'étend aussi bien aux questions de fait qu'à celles de droit.

Tous les arrêts des différentes cours de justice peuvent être différés à la Chambre des Lords ; cependant, quelques arrêts de la cour d'appel ne peuvent être soumis à sa juridiction qu'avec le consentement de la cour d'appel elle-même.

Les frais considérables qu'entraîne un pourvoi devant la Chambre des Lords et la caution de 200 livres au moins qu'on doit fournir expliquent la rareté des affaires qui viennent à cette chambre haute.

(1) Carter, *A history of English legal institutions*, 1902, p. 182.

LA COUR SUPRÊME DE JUSTICE

Sous le titre de « *suprême court of judicature* », la « *judicature act.* » de 1873-1875 a institué une cour à deux divisions permanentes — quoique d'un ordre différent — avec une compétence générale pour l'Angleterre et le pays de Galles, dans toutes les matières civiles, commerciales, criminelles et administratives (1). Ces deux divisions que contient la cour suprême, forment, en réalité, deux cours distinctes : la cour d'appel (*His Majesty's court of appeal*) et la haute cour (*His Majesty's high court of justice*) ; nous parlerons de chacune d'elles, séparément.

LA COUR D'APPEL

La pensée du législateur, en instituant cette cour au-dessus de la haute cour, avait été d'assurer l'uniformité de la jurisprudence, mais le nombre d'appels considérables qui envahissaient la cour, rendait nécessaire sa division en deux chambres, avec trois juges pour chacune d'elles ; c'est seulement dans quelques cas d'une exceptionnelle gravité que tous les membres de la cour siègent ensemble.

Cette cour est composée du Lord Chancellor, du maître des rôles, des trois présidents des divisions de la haute cour à titre de membres *ex officio* et de cinq lords justices of appeal.

(1) Franqueville : *Le Système judiciaire de la Grande-Bretagne*, t. I, p. 176.

La situation de ces juges, ainsi que celle des juges de la haute cour dont nous parlerons plus bas est très importante. Ils sont nommés à vie et reçoivent un traitement qui s'élève à 5.000 Livres sterling. Les juges de la haute cour sont parfois appelés à siéger dans la cour d'appel, à condition toutefois que le juge ainsi appelé n'ait pas connu l'affaire venant en appel.

LA HAUTE COUR

Nous devons, avant d'aborder l'étude de la haute cour, qui n'est, en réalité, que la fusion des différentes cours anciennes, donner un exposé sommaire de l'état de ces cours, avant la grande réforme de 1875.

A la veille de la *judicature act*, fonctionnaient côte à côte, mais dans deux domaines distincts, d'un côté les tribunaux de « *common law* » et de l'autre les tribunaux de la chancellerie.

Les premiers étaient au nombre de trois : la cour du banc du roi ou banc de la reine (*King's bench*), la cour des plaids communs (*common pleas*) et la cour de l'échiquier (*Exchequer*) ; au-dessus de ces trois cours, la cour de la chambre de l'échiquier jugeait les appels (1).

Ces trois cours avaient une compétence générale pour tous les pays et jugeaient en première instance les causes dont les taux excédaient la compétence des cours de comtés et en appel les causes qui étaient déjà jugées par ces Cours.

(1) Cours de doctorat 1926-27, par M. Lévy-Ullmann.

La deuxième juridiction : celle de la Chancellerie, avait un autre domaine spécial déterminé par la loi, et comprenait la cour du Chancelier, celle du maître des requêtes et enfin celle des trois vice-chanceliers ; une cour d'appel, composée du Chancelier avec 1 ou 2 des autres juges, connaissait les appels contre les arrêts rendus en première instance. Tous ces cours jugeaient d'après les règles de l'équité.

Après la judicature act, ces deux juridictions ne forment plus qu'une seule qui administre la justice, suivant les règles de la common law et de l'equity : c'est actuellement, la juridiction de la haute cour à laquelle nous arrivons maintenant.

Il n'y a plus, d'après la loi organique de 1873-1875, et « la supreme Court of judicature act 1925 qu'une cour unique à trois divisions » : la division de chancellerie correspondant aux anciennes cours d'équité, la division du banc du roi, qui représente les trois anciennes cours de la common law et la cour des faillites et enfin, la division des testaments, des divorces et de l'amirauté, qui exerce la juridiction naguère appartenant à des cours spéciales.

La cour a une juridiction plénière, civile et criminelle ; elle doit juger à la fois, conformément aux règles de la loi et à celles de l'équité et, s'il y a conflit, entre les principes de l'une ou de l'autre, ceux de l'équité doivent l'emporter.

En principe, toute personne qui intente une action devant la haute cour, peut la porter à son gré devant l'une ou l'autre de ces divisions ; mais, en fait, par le

pouvoir reconnu à la cour de renvoyer d'office ou après la demande des parties, une affaire d'une division à l'autre et à cause de la spécialisation des avocats, chacun plaidant exclusivement devant une même division, chaque division voit apparaître devant lui toujours les mêmes catégories d'affaires et la compétence de chaque division se trouve ainsi bien déterminée, sinon en droit, du moins en fait.

La division de Chancellerie se compose du Lord haut Chancelier, comme président et de six juges. En réalité, le Lord haut Chancelier n'y apparaît que très rarement, quand l'un des juges est empêché. Chacun des six juges siège seul, aidé dans sa besogne par les clerks qui jouent, dans la procédure, un rôle considérable.

La division des testaments, divorces et amirauté est composé de six juges nommés comme les autres par la Couronne et aux mêmes appointements. Le président est choisi parmi eux.

La division du banc du roi :

C'est la division qui exerce, en réalité, la compétence générale de la haute cour. Elle a des attributions multiples ; elle constitue une cour de première instance, en matière civile et commerciale, une cour des faillites, un tribunal administratif qui connaît les demandes des particuliers contre le gouvernement, une cour criminelle, etc, etc...

Elle se compose d'un président : le lord chief justice d'Angleterre et de dix-sept juges (un seul siège pour chaque affaire), choisis parmi les avocats ayant au moins dix ans d'exercice ; ces juges ont la même situation et

le même traitement que les autres juges de la cour suprême ; les chief justice of England reçoit 8.000 Livres sterling.

Ces mêmes juges sont chargés de partir en tournée d'assises, de sorte qu'il arrive parfois qu'il ne reste plus à Londres du personnel de la Cour que le juge des référés.

Avant de quitter la division du banc du roi, disons quelques mots de sa juridiction criminelle. En cette matière, la juridiction de la division du banc du roi est concurrente, non seulement à celle des cours d'assises mais encore à celle de tous les tribunaux criminels. Sa juridiction s'étend aux cas les plus graves comme aux plus simples contraventions (1).

Elle juge en appel les cas réservés par les juges des cours de sessions trimestrielles, siégeant eux-mêmes comme juridiction d'appel des petites sessions ou de simple police.

Maintenant que nous avons terminé l'étude de la juridiction suprême, nous parlerons comme nous l'avons déjà dit, séparément de la juridiction civile et de la juridiction criminelle.

LA JURIDICTION CIVILE

LES COURS DE COMTÉ

Les cours de comté constituent le premier degré de la juridiction civile. Elles sont, nous dit le Comte de Fran-

(1) Seitz : *Le Système de la répression en Angleterre*, Bulletin de la Société de législation comparée, n° de janvier-mars 1929, p. 147.

queville, (p. 216) « à la fois les plus anciens et les plus modernes des tribunaux civils ». En effet, ces cours existaient déjà sous les rois saxons, elles perdirent ensuite leur importance et tombèrent complètement en désuétude à partir du règne de Henri I^{er}, mais ressuscitées enfin par la loi de 1846. Cette loi, longtemps réclamée, a laissé survivre, à côté des cours de comté qu'elle recréait, les autres cours locales qui fonctionnaient dès le xvi^e siècle, de sorte qu'on trouvait dans les diverses parties de l'Angleterre une série de petites cours, dont la plupart ne se réunissaient à peu près jamais, faute des plaideurs.

La loi principale, concernant l'organisation de ces cours de comté est celle de 1880. Plusieurs lois postérieures sont venues, il est vrai, apporter quelques modifications, mais la loi de 1880 reste toujours la plus importante.

Le territoire de l'Angleterre et du pays de Galles est divisé en plusieurs ressorts, environ 60 ; pour chaque ressort, il y a une cour ayant un personnel composé d'un juge, d'un greffier et du bailli. Le juge de comté ne siège pas dans une seule cour ; il doit faire des tournées dans son ressort, siégeant dans chacune des villes indiquées par le souverain, au moins une fois par mois.

Les juges de comté sont nommés par le Lord Chancelier, parmi les avocats ayant exercé au moins 7 ans à la barre et sont révocables par lui pour incapacité ou mauvaise conduite. L'accès aux sièges de la cour suprême leur est interdit. Ils reçoivent un traitement de 1.500 Livres sterling.

La juridiction de la cour de comté n'est pas exclusive, la haute cour est aussi compétente des mêmes affaires et le plaideur peut intenter son action devant la haute cour directement, mais celle-ci a le droit de renvoyer d'office ou sur la demande des parties, une affaire qui rentre dans la compétence des cours de comté.

La compétence des cours de comté est limitée d'un autre côté à une certaine somme qui est en principe 100 Livres, mais, dans certaines, comme les affaires relatives à l'exécution des contrats, l'administration de la succession etc, le taux s'élève à 500 Livres sterling.

LES COURS D'ASSISES

Ces cours, dont nous expliquerons plus loin l'organisation et le fonctionnement, ont une compétence civile pareille à celle de la haute cour. Des audiences, appelées *nisi prius* sont consacrées à ces affaires civiles.

LA JURIDICTION PENALE (1)

LA JURIDICTION SOMMAIRE

La juridiction sommaire, constitue le degré inférieur de la justice criminelle, jugeant les contraventions et les délits de minime importance, et remplissant la fonction de juge d'instruction pour les affaires qui ne rentrent pas dans sa compétence juridique. C'est la seule juridic-

(1) Voir aussi la communication de M. Seitz sur *Le Système de la répression en Angleterre*, Bulletin de la Société de législation comparée, mars 1929.

tion pénale où le jury n'intervient pas ; mais, en revanche, l'appel est ouvert contre tous ses jugements. Le maximum des pénalités que peuvent infliger les cours de juridiction sommaire est de trois mois d'emprisonnement avec travail pénible et pour les adultes qui plaident « coupables », six mois de la même peine.

A part le pouvoir, d'ailleurs minime, reconnu à chaque juge de paix isolé de juger quelques petites contraventions, la justice sommaire comporte deux sortes de juridictions : les cours de petites sessions et les cours de police.

LES COURS DE PETITES SESSIONS

Le territoire de chaque comté est divisé en certain nombre de districts, variant suivant l'importance et les besoins du comté ; dans chaque district, siège un tribunal de « petty sessions », composé de deux ou trois juges de paix.

Ces cours jugent les accusés dont les faits entrent dans leur compétence et procèdent, dans le cas contraire, à l'instruction de l'affaire, renvoyant le procès à la cour de sessions trimestrielles ou à la cour d'assises, selon la gravité du crime.

LES COURS DE POLICE remplacent, dans quelques grands centres, les cours de petites sessions et sont tenues par des magistrats rétribués, stipendiary magistrates. A l'origine, les magistrats des cours de police étaient autorisés à percevoir eux-mêmes une certaine somme ; mais

ce mode de rétribution a donné lieu à des abus graves et a soulevé des critiques justifiées. On a fini, en 1859, par accorder à ces magistrats un traitement fixe. La loi oblige ces magistrats à siéger chaque jour, sauf les dimanches et les jours de fête. Chacun d'eux possède isolément tous les pouvoirs que la loi confère à deux ou plusieurs juges de paix, réunis en petites sessions.

Les juges de cours de police ont, en plus de leur compétence pénale, une juridiction civile dans certaines matières déterminées par la loi. Ces magistrats que l'on nomme « stipendiary magistrates » sont nommés par le souverain, sur la proposition du ministre de l'intérieur ; ils doivent être choisis parmi les avocats ayant exercé leur profession pendant 7 années au moins.

LES COURS DE SESSIONS TRIMESTRIELLES

Une cour criminelle, composée de juges de paix, non payés, de chaque comté, tient 4 sessions par an, dans le chef-lieu ou dans une autre ville principale du comté : telle est la cour de « quarter sessions ». Tous les juges de paix de comté ont le droit d'y siéger et de prendre part au jugement ; mais la présence d'un seul juge est suffisante pour la légalité de l'audience (1).

La cour de sessions trimestrielles connaît, d'une façon générale, les délits d'une certaine gravité et les crimes les moins sérieux. Elle juge aussi les appels contre les jugements de juridictions sommaires qu'elle peut

(1) Franqueville : *Le Système judiciaire de la Grande-Bretagne*, t. I, p. 250.

confirmer, annuler ou modifier ; elle peut aussi renvoyer l'affaire avec l'expression de son avis à une autre cour de juridiction sommaire.

Remarquons enfin que la question de compétence criminelle n'est pas nettement fixée en Angleterre ; elle ne constitue pas une matière d'ordre public. Ainsi, une cour de juridiction sommaire peut juger un accusé qui devait être traduit devant le jury, s'il accepte sa juridiction. Quant à la démarcation entre les cas qui doivent être jugés par la juridiction sommaire et ceux qui doivent être portés devant la cour de sessions trimestrielles, elle est assez vague.

Enfin, les cours d'assises peuvent statuer sur les affaires rentrant dans la compétence des cours de sessions trimestrielles.

LES COURS D'ASSISES

Dès les temps anciens, les souverains envoyaient des juges en tournée dans les diverses parties du royaume. Le « *judicature act* » a jugé bon de conserver une institution si ancienne et il a confié aux juges de la haute cour, la fonction de cours d'assises. La nécessité de services a exempté de ces tournées les lords juges d'appel et les juges de la section de Chancellerie, de sorte qu'actuellement elles sont effectuées par le lord chef justicier et les juges de la division du banc du roi. Ces juges parcourent le territoire de l'Angleterre et du pays de Galles, plusieurs fois, chaque année ; ils effectuent quatre tournées par an.

Les cours d'assises ont une compétence civile et crimi-

nelle ; elles ne jugent, en matière pénale, que les affaires d'une certaine gravité, laissant aux cours de « quarter sessions » les autres affaires moins importantes.

Ces cours n'ont pas une existence permanente ; elles sont tenues en vertu d'ordonnances spéciales, valables seulement pour la session à laquelle elles s'appliquent et dans des conditions qui ne sont pas toujours identiques.

Le juge en circuit siège dans la ville de comté, en vertu de trois commissions spéciales : la commission d'assises qui lui donne le pouvoir de juger les causes civiles, la commission d'« Oyer and terminer » lui permet de juger les personnes accusées formellement devant lui et, enfin, la commission de « general goal delivery » qui lui permet de faire comparaître devant lui les individus détenus dans les prisons de comtés, sous une prévention quelconque.

Le juge d'assises constitue, depuis le *judicature act*, une cour de la haute cour de justice (a court of the high court of justice) qui possède tout le pouvoir de la haute cour et qui, par conséquent, ne se trouve pas limitée par les termes de la commission (1).

LA COUR CENTRALE CRIMINELLE

En dehors des cours d'assises, siège à Londres, à l'ancien local d'Old Bailey, une cour criminelle, instituée, en 1834, pour juger les crimes commis dans la cité de Londres, dans une partie des comtés de Kent, Essex, Middlesex et Surrey ou en pleine mer.

(1) Carter: *History of English institutions*, p. 95.

Cette cour est présidée par le Lord-Maire de Londres qui ne joue aucun rôle effectif dans le fonctionnement de la cour, se contentant, après l'ouverture de chaque session, du simple rôle de spectateur. La cour est composée du Lord haut Chancelier, des juges de la haute cour de justice, du Recorder, des aldermen de la cité de Londres, des anciens lords chanceliers, lords gardiens de sceau et des autres personnes qu'il plaît au souverain de nommer.

La cour exerce sa juridiction en vertu de deux commissions : celle de goal delivery pour la prison de Newgate et celle d'Oyer and terminer, pour les crimes commis dans l'étendue de son ressort ; elle tient douze sessions chaque année. Il y a chaque jour, pendant la durée de la session, deux ou trois chambres, siégeant simultanément : elles sont respectivement présidées par le recorder, le common sergent et le juge de la cour de la cité (1). Un alderman vient généralement s'asseoir à côté du magistrat, simplement pour compléter le quorum fixé par la loi à deux juges.

LA COUR D'APPEL CRIMINELLE

Jusqu'en 1907, l'Angleterre ne connaissait l'appel criminel que dans un seul cas exceptionnel : celui du « writ of error » ; la concession d'un tel writ était considérée comme une faveur spéciale, en ce qui concerne les félonies et les trahisons. En cas de misdemeanours, la jurisprudence avait déclaré, à partir du règne de la reine

(1) Franqueville : *Le Système judiciaire de l'Angleterre*, t. I, p. 208.

Anne, que tout condamné avait le droit de réclamer un « writ of error ».

Ce défaut de l'appel criminel soulevait des critiques amères et on demandait de tous les côtés, l'institution d'une cour d'appel. Après plusieurs tentatives sans résultat « le criminal act of appeal » fut voté en 1907.

Cette cour se compose du Lord chef justicier de l'Angleterre et de huit juges de la « King's bench division (division du banc du roi), de la haute cour, désignée dans ce but par le Lord chef justicier, avec l'approbation du Lord Chancelier, pour telle durée qu'il jugera à propos.

La cour siège à Londres excepté, si dans des cas spéciaux, le Lord chef justicier en décide autrement. La cour sera dûment constituée si elle est composée des trois juges au moins et, en tous cas, d'un nombre impair de ses membres. Le président est le Lord chef justicier et, en son absence, le juge le plus âgé. La cour d'appel criminelle est une cour supérieure des records et a plein pouvoir pour trancher toutes questions, de droit ou de fait, dans le but de faire justice dans la cause pendante.

Tout individu condamné pour crime ou délit, par une cour jugeant à l'aide d'un jury, pourra faire appel de sa condamnation, en se basant sur une question de fait ou de droit, ou une question mixte de droit et de fait, ou sur tout autre motif qui paraîtra suffisant à la cour d'appel. Si la cour d'appel est d'avis que le verdict du jury, dont il est fait appel, est déraisonnable ou ne s'appuie pas sur des preuves suffisantes, elle cassera le

verdict et ordonnera qu'un verdict d'acquittement soit inscrit au greffe de la cour ayant jugé le procès.

Si la cour, sur appel de la sentence prononcée, estime qu'une peine différente eût dû être appliquée, elle cassera la sentence de la cour de première instance et passera à sa place telle autre qu'elle estime justifiée par le verdict rendu.

Voilà terminé cet exposé de l'organisation judiciaire en Angleterre.

Nous connaissons maintenant les cours de justice anglaise, du sein desquelles sont sorties la common law et l'equity ; il nous reste à connaître maintenant les juges qui ont donné la vie à ces cours, ce que nous ferons dans le chapitre suivant.

CHAPITRE II

LES JUGES ANGLAIS A TRAVERS LES AGES

Le juge anglais : quel grand personnage rappelle à nos esprits ce simple nom ; homme de grande valeur, choisi parmi les sommités du barreau, jouissant d'une grande autorité et des garanties suffisantes qui lui assurent une grande indépendance et le plus grand respect de l'opinion publique, tels sont les grands juges de l'Angleterre.

Ces juges anglais, dont le caractère et l'indépendance ont suscité l'admiration du grand auteur continental le comte de Franqueville et dont le rôle dans l'élaboration du droit anglais est très considérable ; nous avons tenu, dans ce chapitre, à les présenter au lecteur, pour qu'il puisse faire connaissance des acteurs qu'il verra plus tard en pleine activité, dans les cours de justice, remplissant le grand rôle qui leur est assigné par la loi écrite et non écrite de la constitution.

Les grandes garanties dont ils jouissent n'ont cepen-

(1) Le comte de Franqueville.

dant qu'une date relativement récente (1). Quels étaient donc la moralité de ces juges et leur caractère à l'époque où ils détenaient leur office *bene placito* (during the Royal pleasure) et où ils étaient sujets à tous les caprices des rois et aux répercussions de la politique générale du royaume ? Ce que nous observerons dans un paragraphe spécial, consacré au caractère et à la moralité des juges à travers les âges.

Quant à la compétence professionnelle chez eux, elle est demeurée la plus ancienne et la plus vivace des traditions. Ce n'est cependant qu'après leur spécialisation, que nous voyons ces juges éminents remplissant leur plus beau rôle dans l'élaboration de droit, soumettant leur science et leur intelligence au service du droit.

À l'origine, la Curia Regis cette « haute assemblée » réunissait dans ses mains tous les pouvoirs du gouvernement. Sous la présidence du roi ou de son justicier, elle rendait la justice et délibérait sur toutes les affaires qui concernaient l'administration générale du royaume. Elle était composée des barons du royaume et des officiers du palais royal dont on ne pouvait attendre, nous dit M. Foss, en parlant du règne d'Henri II « la compétence nécessaire dans les questions du droit devenu difficile et compliqué et qui nécessitent une étude spéciale que de tels personnages n'avaient pas le loisir de faire ».

Vers la fin du règne d'Henri II, nous voyons apparaître dans la Curia Regis un autre élément plus compétent

(1) *Le Système juridique de l'Angleterre*, T. I^{er} : le système traditionnel, Lévy-Ullmann, p. 156.

dans les questions de droit « le clergy » (1), mais ce ne sont pas encore de simples lawyers, ils sont en même temps des hommes d'état. Glanvil, Hubert Walter et Hubert de Burgh étaient en même temps de grands juges et d'habiles hommes d'état (2).

Ce n'est que sous Henri III que nous voyons apparaître les juges professionnels proprement dits, des juges ne connaissant que le droit. Cette spécialisation s'effectua tout d'abord en la personne de clerks, prêtres et bénéficiaires versés « *in utroque jure canonico scilicet et civili* » (3).

Ces juges ecclésiastiques étaient tous imbus du droit romain et ont contribué puissamment au développement du droit. C'est grâce à eux que le droit romain a eu sa première réception en Angleterre aux 12^e et 13^e siècles.

A la fin du règne d'Henri III apparaissent des juges laïcs, non plus férus de droit romain, mais jugeant *proprio arbitrio*, n'ayant plus recours aux *leges*; Thomas de Muleton, Robert de Thurkilby et Henry of Bath sont tous des juges laïcs. Le droit tend, à partir de ce moment, à devenir une profession *closed* (Levy Ullmann) et cette tendance va en s'accroissant dans les règnes suivants. De nos jours, la magistrature anglaise constitue un corps

(1) Foss, *The judges of England*, t. I, p. 160.

(2) Holdsworth : *A history of English law*, 3^e édition, t. II, p. 226.

(3) Lévy-Ullmann : *Le Système juridique de l'Angleterre*, t. I, p. 159.

distinct ayant sa vie propre et des caractéristiques spéciales.

Nous ne pouvons pas laisser en dehors de cette enceinte de droit, la *barre* anglaise, tellement les liens sont intimes entre le bench et la barre en Angleterre ; d'ailleurs le bench ne prend son personnel que parmi les praticiens du droit.

Ainsi, nous entrevoyons l'importance de la magistrature anglaise « the legal profession », comme disent les auteurs anglais, dans la formation et le développement du droit anglais. En parlant de l'influence du legal profession, nous devons avoir présent, dans notre esprit, le caractère original du droit anglais : c'est qu'il est un droit judiciaire, un judge made law.

Nous comprendrons ainsi facilement que ce droit suit dans son développement la science et la compétence professionnelles des différents juges qui se succèdent at the bench, à travers les siècles. Furent-ils ecclésiastiques, imbus du droit romain, tels Glanvil, Martin Pateshull, Bracton, etc., les principes de ce droit viennent dans leurs décisions innover ou transformer le principe antérieur. Furent-ils indépendants, imbus des principes de liberté et du droit du peuple, leurs décisions viennent enregistrer ces principes et ce droit reste désormais acquis ; tel fut Sir Edward Coke, dans sa lutte contre l'absolutisme royal. Furent-ils enfin hommes hardis, de grand mérite et d'une compétence professionnelle parfaite, ils créent des principes nouveaux qui conviennent à l'esprit de l'époque et qui permettent au droit de pro-

gresser : tels furent, par exemple, Lord Holt, Lord Mansfield, Blackstone et beaucoup d'autres encore.

Nous n'ignorons pas la part apportée par chaque juge au développement du droit anglais : les year books, les abridgements et les reports modernes nous font connaître les décisions judiciaires rendues par chaque juge et les biographies des juges anglais font l'objet de plusieurs ouvrages spéciaux (1) et abondent dans les ouvrages généraux et dans le dictionary of national biography. Voilà ce qu'a valu, aux juges d'Angleterre, le grand rôle qu'ils jouent dans le droit anglais.

I

LA SITUATION MATERIELLE DES JUGES

LEURS TRAITEMENTS ET LEURS COSTUMES

Pour assurer l'indépendance d'un fonctionnaire public, il faut tout d'abord lui assurer une existence matérielle aisée. Rien n'est impérieux et cruel, rien n'est plus hostile à la vertu humaine que le besoin matériel. Et si cette affirmation est vraie pour toute personne détenant un pouvoir public au service des intérêts généraux, elle prend une plus grande importance en ce qui concerne la magistrature. L'administration de la justice a été et est restée toujours le premier devoir du pouvoir public. Dans les sociétés, même les plus primitives, la première préoccupation du chef a été d'assurer la justice à son peuple. Aussi, est-il très important de mettre celui qui

(1) Campbell : *Lives of chief justices*; Foss : *The judges of England*,

statue sur la fortune, la liberté, l'honneur et la vie des citoyens à l'abri de cet ennemi sans merci : le besoin matériel.

Le juge anglais d'aujourd'hui jouit d'une situation matérielle des plus aisées. Il s'élève au-dessus du besoin ; il s'impose au respect du peuple, loin de tout soupçon. Mais il ne faut pas croire que ce juge a été de tout temps si dédaigneux des besoins matériels ; au contraire, il n'a pas échappé aux attaques de cet ennemi acharné et il a souvent succombé devant lui.

Au 12^e siècle, nous dit M. Holdsworth, les juges n'avaient pas un traitement régulier. En 1268, Robert Brus, Chef justicier de King's bench recevait un traitement de 100 marks. Ce même traitement a été accordé au chef justicier d'Henri III ; mais les autres juges recevaient un traitement allant de 20 à 40 Livres. Pendant les règnes suivants, le traitement de chef justicier balançait entre 40 et 60 Livres, et celui des juges était fixé à 40 marks. Ces traitements, malgré leur médiocrité, n'étaient pas régulièrement payés et les juges, tout naturellement, acceptaient les offres de pensions, de rentes, de lands que leur faisaient les grands landowner's (propriétaires) du royaume.

Un seul regard à ce traitement infime nous explique le plus facilement du monde les multiples accusations de « bribery » qui s'élevaient contre les juges de ce temps. De Wylan, chef justicier de Common Pleas dont le nom est cité comme un reproche au bench anglais, de la fin du 13^e siècle, doit son malheur à son traitement minime de 60 marks. Lord Campbell, en parlant de lui,

nous dit : « But unfortunately, his salary being only sixty marks a year, he seems without scruple to have resorted to very irregular courses for the purpose of increasing his riches » (1).

Cette même insuffisance du traitement nous explique le fameux scandale judiciaire du règne d'Edward 1^{er} qui a causé à tous les juges la perte de leurs sièges (2).

Cet état de choses ne pouvait durer ; Edward III accordait une augmentation du traitement qu'Henri VI, après lui, augmentait encore. A partir de cette époque, le traitement des juges allait en augmentant jusqu'à ce qu'il fût arrivé à son état actuel.

En 1590, Elisabeth fixa le traitement du chef justicier du banc de la reine à 208 livres 6 shillings et 8 pence, celui du chef justicier des Plaids Communs à 141 Livres 3 shillings et 4 pence et celui de chacun des juges à 128 livres 6 shillings et 8 pence.

A la Restauration, le traitement des juges avait été fixé à 1.000 Livres ; il fut porté à 1.500 sous Georges I^{er} et à 2.000 Livres vers la fin du règne suivant.

A la fin du dix-huitième siècle, le législateur fixa le traitement du maître des rôles et du chef justicier à 4.000 Livres, des juges puisne à 3.000 Livres. Enfin, une loi de 1826 supprima toutes les perceptions que la loi ou la coutume permettait aux juges de recevoir et attribua : au chef justicier d'Angleterre, un traitement de 10.000 Livres, à celui des Plaids Communs 8.000 Livres, à celui de l'échiquier 7.000 Livres et à tous les juges ordinaires

(1) Campbell, t. 1^{er}.

(2) Holdsworth : *A history of English law*, t. I, p. 252.

5.500. Les pensions de retraite variaient entre 3.500 et 4.000 Livres. Aujourd'hui, le Lord Chancellor reçoit 10.000 Livres sterling, le Lord chef justicier reçoit 8.000 Livres sterling et les juges ordinaires, soit de la Cour d'appel, soit de la haute cour reçoivent chacun 5.000 Livres sterling.

Voilà un traitement qui s'accorde bien avec les titres de noblesse qui leur sont accordés et leur assure le maximum de liberté dans leurs agissements.

En effet, une règle déjà ancienne veut que chacun des juges de la haute cour soit à sa nomination créé Knight. Même plus, on donne toujours au juge, au siège, le titre de Mylord (1). Quant aux titulaires des principaux sièges, ils sont la plupart du temps élevés à la pairie. Le Lord chef justicier d'Angleterre, le maître des rôles, eux aussi, reçoivent généralement le titre de pair.

Puisque nous parlons ici de la situation matérielle des juges, il ne serait pas sans intérêt de parler aussi, de leurs costumes... pour avoir un portrait complet de ces grands personnages.

De tout temps, les juges d'Angleterre avaient une robe spéciale et cet usage de porter la robe, contrairement à la coiffure, est resté jusqu'à nos jours, intact. M. Foss nous dit (2) en parlant des costumes des juges : « Les robes ne changeaient pas en principe, sauf quelques variations suivant la mode du temps ainsi, nous trouvons the ruff,

(1) Le comte de Franqueville : *Le Système judiciaire de la Grande-Bretagne*, t. I, p. 392.

(2) Tome II, p. 17.

à partir du règne d'Elisabeth jusqu'à celui de Charles I^{er}, en usage, aussi bien par les juges que par « the male and female gentry » pour orner la gorge. Mais à la fin du règne de Charles I^{er}, le ruff a cédé la place au col tombé ; ce qui est devenu, en temps moderne, « the band » porté par legal and clerical men, comme une partie nécessaire de leur costume ».

Voici ce que comporte cet usage dans son état récent. Pendant les termes de Saint-Michel et de Saint-Hilaire, les juges portent la robe noire ; pendant les termes de Pâques et de la Trinité, la robe pourpre. Ils mettent la robe rouge les jours de fête, ainsi que les jours anniversaires de l'avènement et du couronnement du souverain. En circuit, les juges portent la robe rouge, pour l'audience d'ouverture, pour recevoir le serment du grand jury et pour se rendre à l'église ; si c'est une cathédrale ou une église de ville universitaire, ils prennent le grand manteau (1).

Les juges de la section du banc du roi sont les seuls qui suivent ces traditions ; ceux de la section de Chancellerie et de la section des testaments, aussi bien que les lords juges d'appel, portent simplement, à l'audience, le costume de conseil de la reine, c'est-à-dire la robe de soie noire. Dans les cérémonies, ils revêtent une riche robe noire brodée d'or.

Si les juges ont toujours eu la robe, leur coiffure a cependant changé au courant du temps.

Les portraits des juges du règne de Charles II et des

(1) Franqueville, t. I, p. 395.

règles antérieurs nous montrent leur tête couverte ou de la coiffe (the coif), de la cape de velours ou d'un chapeau (corned hat) ; les portraits des règnes antérieurs montraient les moustaches et quelques-uns aussi la barbe. A la Restauration, les juges cessèrent de porter la barbe et les moustaches. La mode française de la perruque non poudrée commençait à cette époque à être adoptée par le « bench » et devint bientôt générale. Depuis le milieu du 17^e siècle, les juges ont adopté l'usage de la coiffe noire : cette coiffe qui se met sur la perruque ne se porte qu'en deux occasions seulement : lorsqu'un juge prononce une condamnation à mort ou lorsqu'il accepte l'invitation à dîner du Lord Maire de Londres, le 9 Novembre.

II

NOMINATION ET RÉVOCATION DES JUGES

L'INAMOVIBILITÉ

Tous les juges anglais sont nommés par le souverain sur la proposition de ses conseillers ; à l'origine, c'était la volonté royale qui agissait directement, choisissant les juges à son gré.

Au 12^e et au 13^e siècles, les souverains appelaient au bench des ecclésiastiques, tels que Glanvil, Martin Pateshull, William Raleigh, Bracton, etc... ; tous instruits « *in utroque jure canonico scilicet et civili* ».

Henri III, vers la fin de son règne, nomma des juges laïcs, introduisant ainsi au bench un nouvel élément.

Sous Edward 1^{er}, la profession s'organisa ; sept ser-

gents ès lois et cinq attornati regis, furent appelés au bench ou à l'échiquier et la proportion s'accrut sous Edward II (1).

A partir du 14^e siècle, les juges tendent à se recruter parmi les praticiens du droit. Le sergent at law élevé à cette dignité par un writ royal délivré par le Chancelier, sur la présentation du chief justice des Common Pleas obtenait par cela même une sorte de « statut », de futur juge (2). Cette tradition est aujourd'hui plus forte que jamais. Le souverain recrute toujours ses juges dans les sommités du barreau : « The barr has given to bench » disent les anglais .

La politique et le caprice royal n'ont pas manqué d'influencer le choix des juges et de provoquer leur révocation.

Le comte de Franqueville écrit (3) : « Pendant longtemps, la politique a été la voie, sinon exclusive du moins principale, pour parvenir au banc... En premier lieu, les jurisconsultes de la couronne qui sont nécessairement membres du parlement, avaient une sorte de droit à un siège et les avocats qui avaient réussi à devenir députés avaient infiniment plus de chances que leurs confrères d'obtenir une faveur, lorsque les hommes de leur parti étaient au pouvoir ».

Combien de juges révoqués pour leur indépendance

(1) Lévy-Ullmann : *Le Système juridique de l'Angleterre*, t. I, p. 160.

(2) Lévy-Ullmann.

(3) *Le Système judiciaire de la Grande-Bretagne*, t. I, p. 377.

et leur honnêteté, ayant osé s'opposer au caprice du roi ?

Citons l'exemple de Sir John Markham qui, pour avoir satisfait sa conscience dans le procès de Sir Thomas Cooke, accusé de trahison, attire sur lui la fureur du King Edward IV et perd son siège. Le souverain, en rage, jure que Markham, malgré ses prétentions de « loyalty » n'est très loin d'être un traître et ordonne qu'il ne siège plus au banc. Sir Edward Coke, dans sa lutte contre l'absolutisme royal, a aussi provoqué l'indignation du souverain et sa révocation devait suivre. Le sceau royal portant sa révocation étant dans les termes suivants : « Pour certaines raisons qui nous émeuvent, nous voulons que vous ne teniez plus la fonction de chef justicier et vous ordonnons de ne plus intervenir dans cet office. En vertu de cet ordre, nous vous révoquons et destituons de cet office » (Campbell *Lives of Chief Justice*).

L'abus de ces révocations, sans motifs justificatifs a été scandaleux sous le règne de James 1^{er} et de Charles 1^{er} (1).

Dans la deuxième moitié du règne de Charles II, l'esprit politique dominait la marche des affaires gouvernementales et la magistrature en ressentait un mauvais effet. Des éminents juges ont été révoqués et remplacés par d'autres qui n'avaient d'autre mérite que d'être prêts à servir la cause du parti qui les avait favorisés. Parmi ceux révoqués figurent les noms de Earls of Clarendon et Shaftesbury, Sir Richard Raynsford, Sir Francis Pemberton, Archer Bertie, Bramston, etc.

(1) Campbell: *Lives of chief justices*, t. II, p. 8.

etc. (1). Parmi ceux nommés pour leur servilité et complaisance avec la couronne, nous lisons les noms de Scroggs, Saunders, Jeffreys, Wythens et Wright.

Burnt, en parlant de la nomination de Scroggs (chef justicier de banc du roi) qui vient remplacer Raynsford, nous dit : « It was a melancholy thing to see so bad, so ignorant and so poor a man raised up to that great post » (2).

Il ne faut pas croire cependant que toutes les nominations ou les révocations étaient mues par la passion politique ou le caprice royal : l'histoire d'Angleterre nous fournit des renseignements intéressants sur ce sujet.

Les juges des 14^e et 15^e siècles étaient en général des hommes de valeur et d'une moralité satisfaisante. (Holdsworth, tome 2, P. 559). Sous le règne d'Elisabeth, nous n'avons pas d'exemple d'une révocation ou d'une nomination suspecte. Pendant l'interrègne (révolution), le pouvoir avait montré — d'après l'avis de la plupart des auteurs — son désir de garder la magistrature à distance de la politique (to keep the court of justice uncontaminated) (3).

A la Restauration, aussi, le pouvoir a marqué son désir de remplir le banc par des hommes honorables et instruits (of purity and learning) : les noms de Mathew Hale, Edward Atkyn and John Glynne — tous des juges

(1) Foss : *The judges of England*, t. VII, p. 3 et suiv.

(2) Cité par Lord Campbell, *Lives of chief justices*, t. II, p. 8.

(3) Foss, t. VII, p. 3.

de grande science — appelés après leur retraite, nous prouvent la bonne intention des pouvoirs à cette époque.

III

L'INAMOVIBILITÉ

Nous avons vu que les juges étaient, jusqu'au commencement du 18^e siècle, nommés « during the king's pleasure » et nous avons vu, d'un autre côté, ce que ce défaut de garantie a valu aux juges consciencieux ou indépendants. Ils étaient soumis à toutes les exigences du caprice royal, ne pouvant pas se garder du mauvais effet produit à leur égard. Lord Campbell écrit : « Under the Stuarts, a judge gave an opinion against the crown with the certainty of being dismissed from his office ; and if he retained his virtue, he had this peculiar merit, that he would have sacrificed it without becoming infamous : for, however profligate numerous examples would have defended him, and the world would have excused him, saying : he is not worse than his neighbours ».

L'influence qu'exerçait ce régime sur la moralité et l'indépendance des juges est facile à démontrer. Les exemples des juges complaisants, pliant la loi pour satisfaire la volonté de la couronne, sont multiples.

Cet état de chose restait sans changement jusqu'au règne de Charles 1^{er}. Dans ce règne apparaît la première innovation : quelques-uns des juges choisis par Charles 1^{er} furent nommés, non pas *bene placito*, mais

« *quamidiu se bene gesserint* » et, en 1640, les lords adoptèrent une résolution portant que, dorénavant, les nominations devraient être faites dans ces conditions. Ce précédent fut suivi, pendant les premières années de la restauration, mais Charles renonça vite à le suivre, révoquant plusieurs de ses juges pour raisons politiques. Ce n'est qu'en 1700 que cette grande garantie — l'inamovibilité des juges — fut établie par une loi portant qu'à partir de l'avènement de la maison de Hanovre, les juges seraient nommés « *quamidiu se bene gesserint* », et ne pourraient être révoqués qu'à la suite du vote d'une adresse des deux chambres du parlement.

Cependant, les principes n'étaient pas encore nettement établis et au moment du décès de Guillaume III, on considéra que les pouvoirs des juges cessaient *ipso facto* et qu'une nouvelle nomination était nécessaire. Cette doctrine prévalut jusqu'au règne de Georges III, où un message lu dans le premier parlement vint recommander de décider que les juges cesseraient désormais d'être considérés comme révoqués, du moment de la mort du souverain. Et voilà l'inamovibilité des juges définitivement établie; les juges n'ont plus à craindre ni le caprice d'un souverain, ni aucun autre pouvoir politique du royaume.

Est-ce à dire que le juge, une fois nommé, peut garder son siège, malgré les fautes qu'il puisse commettre ou le non accomplissement de son devoir ? Non, évidemment : le juge perd son siège, s'il cesse de remplir convenablement ses fonctions.

Les auteurs anglais considèrent que les cas de mauvai-

se conduite qui peuvent justifier la révocation d'un juge sont au nombre de trois : une faute grave dans l'exercice des fonctions judiciaires, la négligence coupable des devoirs du juge, et enfin une condamnation à raison d'un fait étranger à l'emploi, mais qui crée l'incapacité de remplir une charge publique. En cas de simple mauvaise conduite, on a recours à un writ de *scire-facias*, qui annule les lettres patentes de nomination ; en cas de délit, l'attorney général ouvre une information contre le fautif ; enfin, en cas de crime, une mise en accusation (impeachment) peut être prise contre le coupable.

Les deux chambres du parlement peuvent, dans les trois cas dont nous venons de parler aussi bien que dans toute autre circonstance, voter une adresse à la couronne pour la révocation d'un juge indigne ou incapable de remplir ses fonctions.

Remarquons, en terminant ce sujet, avec le Comte Franqueville que ce mode de révocation n'a plus qu'un intérêt théorique : « on ne rencontre pas dans l'histoire du dix-neuvième siècle, un seul cas dans lequel un magistrat anglais ait été révoqué ou même sérieusement accusé d'un fait contraire à l'honneur ou au devoir (1).

IV

LE JUGE AU TRAVAIL

Les cours supérieures anglaises qui étaient auparavant dispersées dans différents endroits sont aujourd'hui réu-

(1) Comte de Franqueville : *Le Système judiciaire de la Grande-Bretagne*, t. I, p. 390.

nies dans un seul édifice immense élevé au centre de Londres.

Les audiences se tiennent tous les jours, de dix heures et demie à quatre heures, s'interrompant pendant une demi-heure (de une heure et demie à deux heures) pour le lunch ; le samedi, il n'y a pas d'audience dans l'après-midi.

Le juge suit attentivement les débats qui se déroulent devant lui, aussi bien dans les procès criminels que dans les procès civils.

Il intervient au besoin pour décider si une question peut être posée ou non ; si une preuve est admissible ou non ; il est forcé de prendre des notes, soit pour faire son résumé, soit pour rendre son jugement, soit pour renseigner la Cour d'appel dans le cas où l'arrêt serait attaqué.

A l'audience, les juges sont d'une politesse extrême. « Aucun d'eux, nous dit le Comte de Franqueville, ne prend ces airs de supériorité hautaine qu'affectent la plupart des magistrats français » (1)

Le juge a la police de l'audience et ici son pouvoir est énorme.

En vertu des règles de la common law concernant le contempt of court, le juge peut punir sur-le-champ toute atteinte à la dignité de la cour, non seulement celle commise à l'audience, mais aussi celle accomplie en dehors de l'audience. Nous parlerons de ce pouvoir plus tard.

(1) Comte de Franqueville, t. II, p. 388.

L'année judiciaire commence le 24 octobre et elle est de quatre termes :

Celui de Saint-Michel : du 24 octobre jusqu'au 21 décembre.

Celui de Saint-Hilaire, du 11 janvier jusqu'au mercredi saint.

Celui de Pâques, de mardi de Quasimodo jusqu'au vendredi avant la Pentecôte.

Celui de la Trinité, du mardi de la Trinité, jusqu'au 12 août.

Les vacances sont au nombre de quatre : la grande vacance de dix semaines, commence le 13 août, et se prolonge jusqu'au 23 octobre ; celle de Noël, commence le 29 décembre et finit le 10 janvier ; celle de Pâques, du vendredi saint, jusqu'au mardi de Quasimodo, et, enfin, celle de la Pentecôte du samedi avant cette fête, au lundi de la Trinité.

V

CARACTÈRES ET MORALITÉ DES JUGES

Pendant longtemps, la magistrature anglaise est restée découverte devant les ennemis de la vertu humaine, dépourvue de toute arme qui puisse la soutenir dans sa lutte. Les mœurs du temps et la société où ces juges vivaient étaient loin de ressembler au mœurs de la société moderne. Aussi faut-il, en jugeant les caractères et moralité des juges de ces temps déjà lointains, avoir présentes à l'esprit ces différentes circonstances. Certes, les défaillances de caractères, la servilité ou la

complaisance des juges que nous allons relever, nous ne les approuvons pas, mais seulement nous les jugerons moins sévèrement.

Avec cet esprit, nous abordons cette question délicate qui est les caractères et la moralité des juges anglais.

Fouillant l'histoire de la magistrature, nous nous trouvons tout d'abord devant un exemple célèbre cité par les auteurs pour démontrer l'improbité des juges. Le scandale judiciaire du règne d'Edward 1^{er}. Déjà, sous le règne d'Henri III, des plaintes s'élevaient contre la corruption de la magistrature. Edward 1^{er}, à son retour après une absence de trois années (1286-1289) rencontra diverses plaintes contre les juges. Il nomma une commission pour faire une enquête dont le résultat fut lamentable : tous les juges, sauf deux, furent reconnus coupables de différents crimes. M. Holdsworth (1), en parlant de l'un d'eux (Adam de Stratton) nous dit qu'il était accusé de meurtre, faux, détournement (embezzlement) et même de sorcellerie-sortilège (sorcery). Voilà un exemple dont on ne peut que déplorer l'existence et qui constitue une tache noire dans l'histoire de la magistrature ; mais il est déjà ancien. On relève aussi après ces scandales d'autres exemples isolés de corruption, mais peut-être le chiffre très bas de traitements et l'irrégularité de paiement n'étaient pas étrangers à la cause.

Regardant maintenant les caractères des juges au point de vue de leurs relations avec la couronne à une époque où ils tenaient leurs postes « during the royal pleasure », nous trouvons qu'ils étaient, en général, très

(1) T. 2, p. 294.

complaisants avec la couronne. Sous les Tudors et les Stuarts, des exemples multiples nous montrent la servilité des juges de cette époque (1). Le souverain était largement favorisé dans les affaires où il était parti ou dans lesquelles il avait des intérêts. Il faisait marcher la procédure à sa guise, arrêtant les poursuites qui ne lui plaisaient pas (2).

Lord Campbell nous dit (3) : « Till Lord Coke arose in the next generation, England can scarcely be said to have seen a magistrate of Constancy who was willing to surrender his place rather than his integrity ». Tout cela n'est pas pour nous étonner dans cette époque d'absolutisme royal où le juge qui voulait garder son indépendance était sûr de perdre son siège. Ce sont plutôt les exemples d'indépendance qui suscitent notre admiration, parce qu'un tel courage nous paraît considérable et un tel sacrifice nous semble méritoire. Lisons simplement ce qu'ont écrit les auteurs anglais, en donnant les biographies de juges indépendants tels que Markham ou Lord Edward Coke et nous serons convaincus que de tels juges n'étaient qu'une exception dans leur temps.

Passons maintenant aux juges de temps moderne.

Armés de l'inamovibilité, jouissant d'un traitement considérable, n'ayant rien à craindre ni rien à espérer du pouvoir, les juges anglais actuels évoquent à nos esprits l'idée de l'indépendance absolue, de compétence et de respectabilité. Les juges de cours des comtés et de cours

(1) Franqueville, t. I, p. 381.

(2) Holdsworth, t. II, pp. 562-563.

(3) *Lives of chief justices*, t. I, p. 208.

de police (cours inférieures) ne jouissent pas de l'inamovibilité, mais leurs traitements sont aussi considérables et la révocation ne pourrait être prononcée en réalité qu'en cas d'inconduite ou d'incapacité absolue. Ils jouissent de la même respectabilité, étant recrutés comme les juges des cours supérieures parmi les praticiens de droit.

Nous terminons ce sujet en rendant à la justice anglaise le témoignage suivant emprunté au comte de Franqueville (1).

« La justice est rendue, dans ce royaume, immaculée, sans tache, et au-dessus de tout soupçon. Il n'est pas un être humain, dont le sourire ou le froncement de sourcils, pas de gouvernement, qu'il soit conservateur ou libéral, dont la faveur ou la défaveur puisse faire battre le pouls d'un juge d'Angleterre sur son siège, ou faire pencher, de l'épaisseur d'un cheveu, le constant équilibre des balances de la justice. »

(1) *Le Système judiciaire de la Grande-Bretagne*, t. I, p. 391.

CHAPITRE III

L'ŒUVRE DU JUGE DANS LE DOMAINE DU DROIT

Le droit anglais, au point de vue qui nous occupe, celui de sa création (sa source) se présente sous deux formes principales : la législation judiciaire (judiciary legislation et « l'enacted-law » ou la législation proprement dite, quelle soit faite par l'autorité législative supérieure « un act of parliament » ou par une autorité déléguée, mais toujours un acte revêtu de la forme de loi votée et promulguée pour régir les actes futurs.

Un principe fondamental en Angleterre, qui est étranger à l'esprit continental, c'est que les décisions judiciaires ont force de loi. Ce principe tire sa force de la tradition anglaise ; c'est un principe « legally ultimate and underived » nous dit M. Salmond (1), comme tant d'autres principes fondamentaux de la constitution anglaise — (le principe de la suprématie du parlement, par exemple). Ainsi le droit anglais se compose d'un côté de l'enacted-law et de l'autre de la législation judiciaire, le droit fait par le juge dans l'accomplissement de sa

(1) *Jurisprudence or the theory of law*, p. 110.

fonction ordinaire ; cette dernière partie du droit anglais se trouve incorporée dans les décisions judiciaires desquelles on extrait par un procédé spécial d'induction, les principes des droits à suivre dans l'avenir.

Cette loi judiciaire comporte deux parties qui, si elles étaient revêtues toutes les deux du caractère judiciaire, restent cependant distinctes ; nous voulons parler de la Common law et de l'Equity. En ce qui concerne l'Equity, il n'y a pas de doute qu'elle est l'œuvre des chanceliers successifs qui ont tenu la cour d'équité dans les différentes époques ; elle ne doit son existence ni à la législation, ni au Custom, mais à l'action personnelle des chanceliers, à leur science et à leur pouvoir (1).

La Common Law, au contraire, est souvent présentée et par le meilleur maître de droit, comme étant « le general immemorial custom » de l'Angleterre ; de là, une controverse entre les théoriciens concernant l'origine de la Common law.

Cette partie — la plus ancienne et la meilleure — du droit anglais se trouve incorporée dans les réports des décisions judiciaires. Mais quel est le rôle du juge dans l'élaboration de ce droit ? Est-ce lui qui l'a créé et lui a donné la force de loi ? Est-il libre d'émettre les principes qu'il juge nécessaires, selon son goût et sa notion personnelle du droit ? Ou, est-il, au contraire, simplement « l'oracle vivant » du droit qu'il ne fait qu'appliquer ; ce droit qui existait auparavant et qui s'imposait à tout le monde ? Quel est son rôle exact ? Cette question a été

(1) Pollock : *First book of jurisprudence*, p. 255 ; Salmond, p. 162.

longtemps le champ de bataille entre les théoriciens du droit

Nous croyons utile de précéder l'étude de ces différentes théories d'un exposé de la théorie générale de la coutume.

La question qui agite les théoriciens en ce qui concerne le droit anglais étant au fond celle de l'existence de la Common law anglaise « Le general immemorial custom », cette étude de la théorie générale de la coutume serait une sorte de préambule ou d'introduction à l'étude spéciale des théories concernant la Common law anglaise.

Nous montrerons après, par un exposé historique, le rôle exact du juge dans l'élaboration de la common law. Dans une deuxième section, nous montrerons comment les chanceliers ont donné naissance à un corps de droit complétant la common law. Dans une troisième section, nous étudierons les règles du précédent judiciaire ; une quatrième section sera consacrée au statute law ; dans une cinquième, nous examinerons la législation judiciaire dans son ensemble en essayant de donner un jugement sur sa valeur scientifique ; enfin, dans la dernière section de ce chapitre, nous examinerons le pouvoir délégué au juge de légiférer en matière de procédure.

I

LA THÉORIE GÉNÉRALE DE LA COUTUME

Il est hors de doute que la coutume constitue une source de droit positif et qu'elle est restée, même dans

notre époque contemporaine, une source d'une certaine importance.

Le droit, à son origine dans les sociétés anciennes, n'était autre chose que les coutumes et les usages de ces peuplades non civilisées. L'histoire de l'origine du droit dans les différentes communautés nous permet de constater que cette forme de droit que nous appelons législation ne date que d'une époque relativement récente et que la coutume était, pour les sociétés anciennes, la seule forme connue du droit (1).

Que la coutume ait constitué le droit des communautés anciennes et qu'elle constitue encore aujourd'hui une source de notre droit positif contemporain, cela est reconnu par la majorité des auteurs. Seuls, peut-être, Austin et ses partisans nient le caractère du droit à la coutume, suivant en cela ses idées principales concernant la souveraineté.

Le droit coutumier, dit-il, n'est qu'une sorte de droit judiciaire — judiciary law — ou de droit introduit par le souverain ou par ses subordonnés, les juges dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires (2).

Cette doctrine d'Austin qui nie l'existence du droit coutumier avec force obligatoire n'est pas acceptée. La plupart des auteurs reconnaissent l'existence de ce droit dans l'ancien temps et même dans notre temps contem-

(1) Summer, Maine et Post, opinion citée par Lambert : *La fonction du droit civil comparé*, pp. 211 et suivantes; Allen : *Law in the making*, p. 28.

(2) Austin : *Lectures on jurisprudence*, Lecture 30, p. 560.

porain quoique le champ laissé à l'action de la coutume soit beaucoup plus restreint devant l'activité croissante de la législation et des tribunaux donnant ainsi au droit une forme plus précise et plus sûre.

M. Geny, dans son magistral ouvrage sur « la méthode d'interprétation et sources en droit privé positif », reconnaît à la coutume une place dans le fonctionnement de la vie juridique contemporaine (1).

D'ailleurs les vérités historiques contredisent l'affirmation d'Austin quant à la force obligatoire de la coutume ; les règles coutumières ont toujours été suivies et obéies sans avoir besoin d'une autre sanction que celle qui se dégageait de sa nature même et avant même que l'autorité judiciaire ait prononcé sur elle (2).

Même dans notre temps moderne, on ne peut pas considérer une coutume suivie et établie comme simple règle de morale non obligatoire. Un commerçant anglais était bien tenu dans ses transactions avec l'étranger, dans le ^{xvii}^e siècle, par les règles de la coutume marchande — *law-merchant* — avant qu'un Lord Mansfield ait incorporé ses règles dans la Common Law, par ces décisions judiciaires. Le droit hindou est dans sa majeure partie un droit coutumier. La législation qui existe aux Indes ne date que du temps moderne et est en général, une importation de l'étranger. Le droit coutumier hindou est bien revêtu de la force obligatoire ; le Code de Manu lui accorde

(1) M. Geny est le seul, en France, qui a écrit une monographie très complète de la coutume, étudiant de très près sa nature, sa définition et ses traits caractéristiques, Lambert, p. 118.

(2) Allen : *Law in the making*, p. 28.

une autorité extrême même contre le droit sacré révélé (1).

Mais si la coutume est reconnue, même aujourd'hui, comme source formelle (quoique dans un champ d'application très restreint en France), du droit positif, le fondement rationnel de la force obligatoire de la coutume a soulevé une grande controverse entre les théoriciens. Tout d'abord, nous trouvons la justification donnée par les jurisconsultes romains et qui a été suivie par la majorité des auteurs français qui ont écrit sur les sources de droit positif.

Ces jurisconsultes romains qui regardaient la loi écrite comme le type de la source juridique idéale, ne pouvaient considérer la coutume que comme une sorte de loi tacitement consentie. Ils expliquaient cette idée de la façon suivante : tandis que, par la loi écrite, le peuple exprime directement et ouvertement sa volonté, il la révèle, non moins effectivement, mais tacitement, dans la coutume (2). Ce qui voulait dire que la force de la coutume comme la force de la loi écrite découlait de l'approbation du législateur, de sa volonté exprimée tacitement, en ce qui concerne la coutume et ouvertement pour la loi écrite.

Cette explication, malgré sa contradiction avec la vérité historique a été reproduite par les glossateurs et a glissé dans la doctrine française traditionnelle avec des conséquences inattendues ; c'est, en effet, cette doctrine

(1) Allen, p. 36.

(2) Geny : *La méthode d'interprétation et sources du droit positif*, t. I^{er}, p. 385.

qui a amené les commentateurs français à exclure la coutume du nombre des sources du droit positif.

Cette conception romaine du fondement rationnel de la coutume s'il a eu cette singulière fortune en France, n'a pas séduit les auteurs allemands qui sont allés chercher ailleurs la justification de la force obligatoire de la coutume. Cette deuxième justification est fournie par les fondateurs de l'école historique Puchta et Savigny : ils n'admettaient pas que le droit ait tiré sa source de la volonté arbitraire du peuple, ils considéraient, au contraire, le droit comme un produit spontané du développement social au même titre que les mœurs ou la langue, entraîné dans le mouvement continu de la vie de la collectivité, soumis aux mêmes conditions de génération et de transformation. Appliquant cette doctrine générale au droit coutumier, les partisans de l'école historique trouvent sa justification non dans la volonté du peuple, comme disent les juristes romains, mais dans les convictions du peuple, la perception par la conscience de la collectivité des règles juridiques. Mais cette doctrine non plus n'a pas échappé à l'attaque violente de la critique armée, cette fois encore, par l'enseignement qui se dégage des phases lumineuses de l'histoire. L'école historique n'a pas tenu compte de la part de collaboration qui revient à l'initiative et à l'intelligence humaines dans l'élaboration du droit, la réaction et la direction qu'elles sont aptes à exercer sur le jeu des lois du développement social et encore, cette conscience commune du peuple était loin de se manifester toujours assez nettement pour constituer une base ferme au droit positif.

Enfin M Geny vient nous donner une troisième explication qui peut-être ne saura à son tour échapper à la critique

M. Geny ne trouve pas d'utilité à chercher une conception abstraite — pour justifier la puissance de la coutume — « qui dénaturerait, dit-il, sans profit, la réalité objective » (1). Pour lui, la puissance de la coutume juridique, comme source de droit objectif, réside dans la nature même des choses, dans la nécessité sociale. « La sécurité indispensable aux intérêts privés, nous dit-il, et la stabilité nécessaire des droits individuels, non moins que le besoin d'égalité qui fait le fond de toute justice, exigent qu'une règle, accréditée par un long usage, avec le caractère d'obligation juridique, s'impose, à l'égal d'une loi, de façon à guider, sans hésitation, l'activité de tous » (2). Voilà un procédé subtil pour éviter les fictions juridiques. La coutume a joué à coup sûr un rôle important dans la formation du droit privé positif. Elle est plus ancienne que la législation ; la législation même s'est approprié une grande partie du droit coutumier. Elle a été toujours suivie et obéie. Voilà des faits historiques évidents qui montrent l'importance de la coutume et la nécessité de ses règles pour la société même dans notre temps moderne où la législation a pris une place prépondérante, étant donné que la législation ne peut pas tout prévoir, qu'il y a tou-

(1) Geny : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, p. 347.

(2) Geny : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, p. 345.

jours des lacunes d'ambiguïté que la coutume imposée à l'interprète vient remplir, éclairer.

Laissant maintenant, cette question, nous abordons un autre problème plus important qui touche de plus près à notre sujet, celui des rapports entre l'usage judiciaire et la coutume, et ici nous nous trouvons devant trois théories distinctes que nous exposerons ci-dessous, une à une avec les remarques que demande leur étude.

Tout d'abord, nous rencontrons la théorie fournie par l'école historique, fondée par Savigny.

Nous savons maintenant, de ce qui précède, le dogme fondamental de cette école : la perception directe et spontanée de la coutume par la conscience du peuple dotée d'une sorte d'infailibilité. Aussi, avec ce dogme principal, les partisans de cette école restaient embarrassés devant les faits historiques qui indiquaient un certain rôle joué par la jurisprudence dans la formation de la coutume, et voici comment ils sortent de cette difficulté :

Le droit, disent-ils, dans ces principes fondamentaux, réside bien dans la conscience publique, mais la complication de la vie sociale et les multiples relations juridiques qui font naître des règles minutieuses et compliquées échappent à la conscience publique et sont perçues par la conscience des représentants du peuple qui sont les juristes. Ces juristes, interprétateurs du droit coutumier, n'ont d'autre rôle que de déclarer ce droit qui existait déjà, sans y rien ajouter.

Cette théorie n'a pas pu résister à la critique. En effet, l'influence des juristes sur la formation de la coutume

est trop démontrée par l'histoire du droit pour être niée. Le rôle joué par les juristes romains, dans la construction de ce monument gigantesque de droit, ne peut pas être ignoré. L'influence de Bracton, Littleton, Coke et encore Blackstone sur la Common law anglaise est fort grande pour être méconnue. D'un côté, on ne peut pas bien concevoir cette représentation de la conscience du peuple par celle des juristes. Il serait plus logique, puisque le droit coutumier est le produit du développement social, d'écarter toute intervention des juges dans l'élaboration du droit (c'est ce qu'à fait M. Geny; il refuse à l'usage judiciaire toute participation à l'autorité de la coutume).

Tout à l'opposé de cette théorie en est une autre soutenue par M. Lambert dans son magistral ouvrage sur la fonction du droit civil. M. Lambert soutient que l'usage judiciaire joue un rôle créateur par rapport à la coutume. Il met à l'appui de cette thèse des arguments fort nombreux tirés de l'observation du droit coutumier contemporain en Angleterre et aux Etats-Unis et de plusieurs systèmes juridiques anciens : le droit irlandais, le droit hindou, le droit israélite, le droit musulman et enfin le droit romain. Pour M. Lambert, l'origine de la coutume se trouve dans les jugements anciens. Les juges de ce temps lointain n'avaient aucun droit à appliquer, ils jugeaient d'après leur sentiment de la justice et ce n'est qu'après la transformation de ce jugement concret en des normes juridiques qu'apparaît la coutume.

M. Lambert invoque à son appui l'autorité de Summer Maine et de Post. Summer Maine dans son « ancien

law « déclare que « dans l'enfance du genre humain, les sentences judiciaires n'étaient pas fondées sur la violation d'une loi préexistante, mais sur une inspiration venue d'en haut dans l'esprit du juge au moment où il prononce le jugement » et plus loin encore, Sumner Maine, en parlant des décisions judiciaires, il écrit « Là est le germe ou rudiment de la coutume, conception postérieure à celle des jugements (1).

Entre ces deux extrêmes, — le droit coutumier, produit du seul mouvement social d'une part, ou la création artificielle de la jurisprudence d'autre part — nous trouvons une troisième théorie qui tient le milieu, exposée par M. Allen dans son ouvrage intitulé « *Law in the making* » (2).

M. Allen, suivant dans cette voie, le Professeur Eugen Ehrlich, reconnaît au juge dans l'interprétation de la coutume, une influence importante. La jurisprudence joue, à son avis, un rôle prépondérant dans l'élaboration de la coutume qui peut la transformer et même la faire disparaître ; mais la jurisprudence n'est pas la seule source de la coutume. Les règles coutumières existaient avant le jugement, dans une forme vague peut-être, mais elles existaient tout de même. « These are the learned in the law, écrit M. Allen, to whom the community looks for enlightenment ; but they are called upon not to make new rules for new circumstances, but to apply with special wisdom and skill, those principles which

(1) Lambert : *La fonction du droit civil comparé*, p. 210.

(2) P. 80.

have been developed in social intercourse — crudely perhaps, but substantially — by necessity, convenience, and elementary sense of justice, or pure imitation » (1).

Si je ne me trompe pas, M. Allen reconnaît au juge, un pouvoir de création limité ; ce qu'il n'admet pas, c'est la négation de la préexistence des règles coutumières.

Il me semble trouver un certain rapprochement entre l'opinion citée de M. Allen et celle de M. Lambert. M. Allen d'un côté reconnaît que les règles coutumières qui préexistaient sont encore vagues, imprécises ; de là, l'influence considérable qu'exerce le juge sur la coutume qui va jusqu'à la transformer ou la faire disparaître — (nous verrons l'exercice de cette influence dans l'étude consacrée à la Common law) — et M. Lambert, d'un autre côté, ne nie pas la préexistence du droit, sous forme de sentiment juridique. Le juge n'avait pas devant lui des règles juridiques — des normes — mais sa volonté a été influencée par les multiples forces du milieu ambiant, il obéissait naturellement à l'action des mœurs et des idées de son temps. M. Lambert écrit (2) : « Mais le droit lui-même existait déjà, sous forme de sentiment juridique, avant la constitution des premières institutions arbitrales ; et c'est à ce sentiment juridique, bien plus qu'à la réflexion des arbitres et des juges, qui a déterminé les premières séries de précédents d'où est sortie la coutume juridique proprement dite ». Alors,

(1) Allen, p. 84.

(2) *La fonction du droit civil comparé*, p. 217.

d'après les deux opinions, il y avait un droit préexistant au jugement dans la forme du sentiment juridique d'après M. Lambert, et dans la forme des règles coutumières un peu vagues et imprécises, d'après M. Allen. Voilà un rapprochement qui nous éclaire peut-être sur le véritable rôle du juge dans l'élaboration du droit coutumier.

Maintenant, après cette étude sommaire de la théorie juridique de la coutume, sur les points qui touchent notre sujet, nous abordons tout de suite l'exposition des théories concernant la Common law d'Angleterre qui seront mieux comprises à la lumière de cette explication générale que nous venons de donner.

SECTION PREMIERE

LE RÔLE DU JUGE DANS LA FORMATION DE LA COMMON LAW ANGLAISE

Dans le domaine théorique du droit, nous rencontrons en ce qui concerne le rôle du juge dans l'élaboration de la Common law anglaise (en ce qui concerne l'équité pas de controverse) deux théories extrêmes soutenues de part et d'autre par des jurisconsultes éminents et des théoriciens de droit les mieux qualifiés. D'une part, la théorie de Hale et Blackstone, connue sous le nom de « declaratory theory » et, d'autre part, celle de Austin et Dicey de « judge-made law »⁽¹⁾.

Et tout d'abord, examinons cette théorie orthodoxe que

(1) Pour ces deux théories, voir aussi Ancel : *La Common law d'Angleterre*, thèse Paris, deuxième tirage 1929, pp. 132 et suiv.

nous présente Blackstone, magistrat célèbre dans l'histoire du droit anglais, et le premier qui a occupé la chaire réservée à l'enseignement de common law à l'université d'Oxford.

Pour Blackstone, la common law *sticto sensu* n'est qu'un complexus primitif qu'il appelle « general immemorial custom » coutume générale immémoriale (1). C'est un droit coutumier préexistant que le juge ne fait que déclarer. Il ne le crée pas, mais simplement l'expose. L'autorité de ces règles coutumières ne repose pas sur celles du juge, mais sur l'adhésion générale et l'usage. La common law d'Angleterre sort des entrailles mêmes du peuple. « Un des signes distinctifs de la liberté anglaise, nous dit-il, c'est que la common law est fondée sur la coutume. Elle renferme donc en elle-même un témoignage, une preuve de liberté, puisqu'elle a probablement été introduite par le consentement volontaire du peuple » (2).

Les juges de diverses cours de justice, sont « les dépositaires des coutumes, les oracles vivants qui doivent décider dans tous les cas douteux et qui sont obligés, par serment, à décider conformément à la coutume du pays ».

Il y a donc, d'après Blackstone, un « general immemorial custom » préexistant qui s'impose aux juges. Mais cette coutume immémoriale, nous dit encore Blacks-

(2) Lévy-Ullmann : *Système juridique de l'Angleterre*, p. 62.

(3) Cité par M. Lambert : *La fonction du droit civil comparé*, p. 181.

tone, ne nous est connue que par l'intermédiaire des juges. Les décisions judiciaires constituent la preuve principale et peut-être même la preuve unique de l'existence de cette coutume. Le juge en donnant sa sentence est présumé juger d'après la coutume préexistante. Mais comment a-t-il trouvé cette coutume, cela reste hors de recherche ou de contrôle. Il nous révèle la coutume comme jadis le devin antique révélait au peuple la volonté de Dieu. Tant qu'elle n'est pas révélée par le juge, la coutume reste inconnue pour le profès et même pour le juriste.

Telle est la *declaratory theory*, comme nous la retrouvons présentée par Blackstone. Tout à l'autre extrême, nous rencontrons la théorie de Austin et Dicey. La théorie d'Austin, à ce propos, découle de sa conception célèbre de la souveraineté (nous l'avons exposée plus haut). Pour Austin, la coutume n'est que des règles de morale n'ayant pas force de loi. Il considère seuls l'*enacted law* et le « *judiciary law* » droit judiciaire, comme sources formelles du droit sanctionnées par le législateur, soit directement (législation) soit indirectement (droit fait par le juge). La coutume ne constitue qu'une source historique de laquelle le juge peut puiser la matière de son jugement comme il peut le puiser d'ailleurs dans le *digest* de Justinian ou dans le droit de la nature. C'est le juge donc qui crée le droit. C'est la décision judiciaire qui constitue la source formelle du droit et le droit coutumier n'est qu'un droit judiciaire basé sur la coutume « *Law styled customary, then is not to be considered a distinct kind of law. It is nothing but judiciary law* »

founded on an anterior custom » (1). Ainsi, d'après cette opinion, la coutume n'aurait aucune force qui l'impose au juge et c'est la décision de juge qui s'imposerait désormais comme la loi sanctionnée indirectement par le souverain.

Quelle est la valeur de ces deux théories ? L'opinion moderne des auteurs anglais qui s'est formée à la lumière des faits historiques certains les condamne toutes les deux comme contraires aux vérités historiques. En ce qui concerne la « declatory theory » des critiques modernes l'ont accablée de railleries, la considérant comme pure légende. Un professeur américain, M. Beach, a écrit ceci dans sa critique : « Le droit commun, sous le règne duquel nous vivons, fut, paraît-il, créé d'une certaine manière, miraculeuse, aux temps les plus reculés, par des sauvages à demi-nus, habitant dans les forêts de Germanie ; pendant longtemps, il reposa dans le sein de certains juges, que l'on reconnaît d'ailleurs, n'avoir pas été très éclairés, les reporters le recueillirent, goutte à goutte comme il tomba des lèvres des juges dans les sentences rendues, le condensèrent précisément dans les recueils de décisions judiciaires et ainsi il nous parvint. Voilà la fable. Y eut-il jamais fable plus ridicule sortie de l'imagination des hommes ? Soyons sensés et replaçons cette fiction dans le domaine des croyances primitives et désuètes, avec les contes de fées » (2).

Quel est d'ailleurs ce droit mystique dont les juges

(1) Austin : *Lectures on jurisprudence*, ch. 30, p. 555.

(2) Lévy-Ullmann : *Cours de doctorat* 1926-27

seuls conservent le secret ? Ce droit singulier, immémorial, comment peut-il suffire, tel que le déclare Blackstone, à des besoins nouveaux et répondre aux exigences des sociétés en continuel développement ? Pourquoi recourir à cette fiction au lieu d'avouer le pouvoir du juge à transformer le droit pour l'adapter aux nouvelles conditions de sociétés ? M. Lambert (1) nous donne une réponse qui nous paraît admissible. Cette fiction, nous dit-il, a un double but : dissimuler, d'une part, l'existence du rôle de création juridique qui appartient au juge et, d'autre part, l'origine des matériaux dont l'emploi permet au magistrat de remplir ce rôle. Ce double but est atteint en attribuant les productions de l'activité judiciaire à une puissance obscure et surhumaine à qui est assuré un prestige auquel ne sauraient prétendre les jugements, tant qu'ils se présentent comme l'œuvre des magistrats accessibles à l'influence des préjugés et de toutes les passions humaines.

Quant à la théorie soutenue par Austin, elle est en contradiction avec la notion moderne du droit. La loi n'est plus considérée comme un simple commandement du souverain ; le mouvement social et les travaux extra-législatifs ont une certaine importance dans la formation du droit ; enfin, la loi est aujourd'hui considérée comme une fonction sociale.

D'autre part, les auteurs s'accordent aujourd'hui à compter la coutume parmi les sources formelles de droit positif, à côté de la législation proprement dite et des

(1) *La fonction du droit civil comparé*, p. 193.

décisions des cours de justice. « These two (coutume et jurisprudence) nous dit Salmond, are co-ordinate legal sources, and each operates independently of the other. » (1).

Cette théorie de judge-made law soutenue par Austin et Dicey a été réfutée par des juges mêmes. Dans une affaire Willis contre Baddley 1892, Lord Esher, maître des rôles, a dit qu'il n'y avait pas de judge-made law, car le juge ne fonde pas le droit quoique fréquemment il ait à appliquer des principes juridiques dans des circonstances pour lesquelles ces principes n'avaient pas été envisagés, mais il ne fonde pas le droit (2).

Voilà écartées ces deux théories extrêmes. Quelle est donc la théorie moderne et quelle est la réalité historique qu'on peut dégager de l'histoire du droit anglais ? C'est ce que nous allons montrer ci-dessous.

La théorie moderne concernant le rôle du juge dans l'élaboration de la Common law anglaise, tient le milieu entre ces deux théories extrêmes. La Common law au regard des partisans de cette théorie, n'est ni simplement constituée de la coutume immémoriale déclarée de temps à autre par les cours de justice, ni un droit fait de toute pièce par le juge. La Common law compte, dans ses sources formelles, les deux éléments à la fois : la coutume d'une part et le judge-made law, d'autre part. La coutume et le précédent sont deux sources distinctes du droit anglais. La règle coutumière, quand elle existe,

(1) Jurisprudence, p. 155.

(2) Cité par M. Lévy-Ullmann, cours de doctorat 1926-27.

ne tire pas sa force obligatoire de son incorporation dans une décision judiciaire, mais d'elle-même. Le juge donc, en remplissant sa fonction naturelle d'administration de la justice, s'il trouve une règle coutumière bien établie, il n'aura qu'à l'appliquer et, dans ce cas, il n'aura fait que déclarer le droit préexistant ; sa décision est déclaratoire du droit. Il n'exerce pas un pouvoir de création devant une coutume établie et prouvée (1).

Mais en dehors du droit établi que le juge aura à appliquer et déclarer, la théorie moderne reconnaît au juge un pouvoir propre de création de droit. Là où il n'y a pas un droit établi. Le juge aura à créer le principe nouveau applicable aux faits qui se présentent devant lui (2). Ce n'est pas un simple pouvoir de large interprétation ou d'extension des principes existants qui est reconnu au juge, mais un vrai droit d'invention et de création. « Quoiqu'il est vrai, nous dit Salmond (3), que la fonction des cours de justice est, en général, « jus dicere » et non « jus dare », elles possèdent cependant en fait et en droit ces deux fonctions à la fois. Les précédents originaux sont les produits de l'exercice intentionnel par les tribunaux de leur privilège de développer le droit en même temps que de l'administrer ».

C'est même plus qu'un privilège : c'est le devoir du juge de combler les lacunes de droit par des créations

(1) Allen : *Law in the making*, p. 86 ; Salmond : *Jurisprudence on the theory of law*, p. 162.

(2) Salmond : *Jurisprudence on the theory of law*, p. 162.

(3) Salmond, p. 163.

nouvelles. Sa mission est double, comme nous l'avons dit, d'une part, de rendre la justice dans les cas concrets qui se présentent, et d'autre part, d'émettre, en même temps, que les jugements concrets des principes juridiques qui seront appliqués, dans l'avenir, au cas analogue. Certes, il ne peut pas, comme le législateur, légiférer pour l'avenir, sans qu'il soit appelé à juger un cas concret quelconque ; mais toutes les fois qu'il ait à juger un de ces cas concrets et que la circonstance lui permette d'émettre un principe, il devra le faire « The prerogative of judges is not to make law by formulating and declaring it — this pertains to the legislature — but to make law by applying it (1).

De là, le fait que nous savons et qui caractérise les sentences judiciaires anglaises ; c'est qu'elles sont rendues dans la forme des discours d'où les juristes, par un travail d'induction spéciale, savent extraire la *ratio-de-cidendi* à appliquer aux cas analogues.

Le juge, en remplissant ce rôle créatif est libre de choisir la matière où il puise le principe nouveau. Ce qu'il cherche c'est de se conformer aux principes de la justice et le common sense. Il se tourne tout naturellement vers les législations étrangères qui ont à leur faveur une application heureuse, vers le dicta judiciaire ou vers la doctrine, d'où il peut emprunter le principe qu'il juge le mieux conforme à la justice. Il emploie aussi souvent, dans la création des principes nouveaux, le procédé de l'analogie. Il cherche à poser

(1) Salmond, p. 178.

des principes qui se rapprochent le plus aux principes anciens et seront en harmonie avec l'esprit du droit existant. Voilà la théorie qui prévaut aujourd'hui en Angleterre, et qui réunit, en sa faveur, la majorité des auteurs.

Nous nous rallions à cette théorie moderne en invoquant en sa faveur divers faits historiques aujourd'hui certains, constatés par les historiens les plus récents du droit anglais. En effet, une partie de la Common law doit sa source (root) à la seule coutume sociale, telle par exemple, le droit de famille (family law), la coutume de monogamie, le droit de la femme de porter le nom de son mari, la puissance paternelle, etc.. ; mais le pouvoir créateur du juge et son influence sur le développement de la Common law sont si considérables, si apparents, qu'ils font presque oublier le rôle joué par la coutume (1). Nous allons exposer, ci-dessous, les faits historiques importants qui sont susceptibles de nous éclairer sur le rôle exact du juge anglais, dans l'élaboration de la Common law.

DEFENSE DE LA THEORIE MODERNE

FAITS HISTORIQUES

Si le droit anglais doit une partie importante à cette source qui est le « general immemorial custom », c'est

(1) Voir l'exposé historique concernant les origines, l'organisation et le développement de la Common law dans Ancel : *La Common law d'Angleterre*, thèse Paris, 1927.

néanmoins à l'action continue de la science et au grand mérite des juges des cours royales de justice qu'il doit sa forme unitaire actuelle, sa stabilité et sa grande valeur. Sans cette action puissante des cours de justice, la coutume immémoriale ne serait jamais arrivée à constituer ce corps de droit, unique pour tout le pays, qui rend fier les partisans exaltés de la common law en Angleterre ; elle n'aurait pas su se développer et se transformer avec la marche du temps pour répondre aux besoins nouveaux de la société. S'il n'est pas tout à fait exact de dire que les juges anglais sont les seuls créateurs de la common law, cette affirmation reste toujours moins contraire aux vérités historiques que de dire, qu'elle est sortie du seul mouvement social, de la conviction populaire, *tacitus consensus populi*, comme prétendent les partisans de l'école historique.

Dès le temps déjà lointain, dès le règne du roi Henri 1^{er}, nous rencontrons le commencement d'une centralisation du pouvoir judiciaire qui s'est affirmée et s'est accomplie définitivement, au règne d'Henri III.

Les juges anglais ont toujours composé en Angleterre un corps fort puissant, comportant un petit nombre homogène dans le royaume. La centralisation et concentration de l'administration de la justice dans les cours royales établies depuis l'ancien temps ont permis à ce corps de créer un système juridique spécial et de le développer à travers les siècles jusqu'à nos jours. Quoi d'étonnant, par conséquent, que ces juges — dans ces conditions — aient exercé une influence considérable sur le droit anglais et même qu'une partie importante de

ce droit lui doive son existence ? Le système du précédent judiciaire qui est la pierre angulaire et la caractéristique la plus importante du système juridique anglais en général, n'est que l'œuvre des cours de justice. Ni dans la législation, ni dans la coutume, on ne peut trouver trace de ce grand principe anglais qui confère au précédent la force obligatoire, méconnue dans le continent. Il est vrai qu'un auteur anglais, M. Salmond, le considère comme une règle « *ultimate et un-derived* », mais cela n'est qu'une explication théorique. La vérité est que cette règle n'est que l'invention de la jurisprudence. « La force du précédent anglais repose sur le précédent lui-même » nous dit M. Levy-Ullmann (1).

La Common law s'est établie aux 12^e et 13^e siècles, grâce aux efforts de juges de rois normands ; elle a continué son développement et son progrès, se fixant ou se transformant à travers les âges jusqu'à nos jours. C'est d'ailleurs un des traits caractéristiques de ce droit d'être historique, une maxime connue nous apprend que les règles de Common law sont plus solides quand elles sont plus anciennes (2). Avant la conquête normande, il existait en Angleterre, des coutumes diverses ; chaque localité avait son « *custom* » (3). Les rois normands installèrent des cours royales centralisées qui devaient rendre la justice dans tout le pays ; ces juges royaux par-

(1) Cours de doctorat, 1926-1927.

(2) Lévy-Ullmann : cours de doctorat 1926.

(3) Jenks : *The book of English law*, p. 20.

taient en « circuit », rendant la justice dans les différents « eyres » ou « shires » et se réunissaient de temps à autre, entre les circuits, à Westminster (à Londres).

Ces juges royaux, d'un nombre limité, intimement liés entre eux, ne trouvaient devant eux aucune loi établie, ni aucun statut à appliquer. Les statuts n'existaient pas encore à ce temps-là et, par conséquent, les juges n'avaient devant eux qu'une coutume mal connue, obscure et différenciant d'une localité à l'autre. Devaient-ils, eux, officiers d'un gouvernement centralisé continuer à appliquer ces coutumes diverses ? Non, certes. Une fusion s'est accomplie entre les diverses coutumes et une loi nationale en est sortie : la « common law » d'Angleterre (1). De quelle façon exacte cette fusion s'est-elle effectuée ? L'histoire du droit anglais ne nous renseigne pas ou peu. « It is still one of the mysteries of English legal history », nous dit M. Jenks (2). Mais un point reste certain, c'est que ce travail est effectué par les juges dans l'accomplissement de leurs fonctions ordinaires dans les cours royales de justice. M. Jenks émet la conjecture suivante pour expliquer cette fusion. Il dit que les juges, dans leur réunion à Westminster dans les cours centrales (entre les circuits) se seraient entendus sur des règles uniformes à appliquer dans les cours centrales et dans les circuits (3).

Les juges des 12^e et 13^e siècles rendaient donc

(1) Voir Ancel : deuxième tirage, pp. 47 et 48.

(2) Jenks : *The book of English law*, 1928, p. 20.

(3) Jenks, p. 21.

la justice d'après la coutume ; et ils exposaient dans leur décision ces principes coutumiers toujours vagues et mal connus ; ces décisions très importantes pour les principes de droit qu'ils contenaient, ont été recueillies dès le 13^e siècle par certaines personnes, dans des notes privées ; plus tard apparaissent les recueils annuels de Year-Books et après l'invention de l'imprimerie apparaissent de nombreux recueils systématisés qui contiennent ce travail de reportage jusqu'à nos jours.

Voilà la base de la Common law posée par les juges des 12^e et 13^e siècles ; sa matière va en grossissant de siècle en siècle, suivant les nouveaux besoins et les circonstances nouvelles, gardant toujours son harmonie grâce au nombre restreint de juges et aux rapports intimes qui existent entre eux ; les juges se réunissaient toujours dans un seul palais de justice et vivaient en général, dans la même localité.

Nous voilà fixés sur le rôle exact joué par le juge dans la formation lointaine de la Common law. A la base de la Common law, nous trouvons la coutume ; mais cette coutume a été modifiée, transformée et uniformisée par le juge (1), à tel point qu'on peut affirmer, sans crainte que la coutume ne constitue que l'origine historique de la Common law. Ce n'est pas tout, des branches complètes du droit ne doivent leur existence qu'à l'œuvre du juge, à sa science et à son intelligence. Le droit du contrat et le droit d'obligation, le droit inter-

(1) Pollock : *The expansion of the Common law*, 1904.

national, la loi marchande sont des exemples vivants parmi beaucoup d'autres du pouvoir créateur du juge. Nous montrerons ci-dessous, par un exposé historique, le développement du droit du contrat au sein des tribunaux, dès le 14^e siècle, ensuite nous examinerons, à l'aide des exemples jurisprudentiels, l'œuvre accomplie par les juges des 17^e et 18^e siècles, dans le domaine du droit commercial.

I

LE DROIT DE « CONTRACT AND TORT »

L'histoire du droit de « contract and tort » en Angleterre est intimement liée, si ce n'est pas la même histoire de « Writ ou Bref », élément très important dans la procédure, origine de la Common law anglaise.

Le bref ou writ constitue le premier acte de procédure nécessaire et indispensable à toute action qu'on veut introduire dans les cours de justice (1).

Les règles de procédure en Angleterre ont engendré les règles de fond, c'est-à-dire le droit. « C'est de la procédure, nous dit, M. Levy Ullman, qu'est issue toute la Common law » (2). Pour chaque droit, il fallait une action, un writ spécial ; pas de writ, pas d'action et par conséquent pas de droit. Autour de chaque action, naquit un

(1) Voyez, pour toute explication nécessaire sur la question de « Writ » en droit anglais, Lévy-Ullmann : *Le système juridique de l'Angleterre*, 1928.

(2) *Le système juridique de l'Angleterre*, p. 135.

ensemble des règles de procédure et de fond ; ou d'une autre façon, le droit sanctionné. Il faut avoir toujours présent à l'esprit cet aspect important du droit anglais, si on veut bien comprendre l'histoire de la formation du droit de « contract and tort » que nous allons donner ci-dessous.

Nous prenons, pour ne pas compliquer l'illustration que nous cherchons, le 14^e siècle comme point de départ. Au début de ce siècle, il n'y avait — en cette matière — que trois actions, trois writs, sanctionnant quelques droits spéciaux : le bref de debt « breve de debitis » action par laquelle on revendiquait une somme d'argent déterminée, une matière corporelle, les deniers, les pièces elles-mêmes ; l'action of Detinue par laquelle on revendique le cheptel pris par une autre personne qui refuse de le rendre ; et, enfin, l'action dite de « covenant », action qui sanctionnait l'écrit scellé, l'acte authentique. Une première catégorie de contrats s'est formée autour du « covenant », celle de formal contract » contrat authentique. Grâce au covenant, la force obligatoire est reconnue à cette catégorie des contrats formels. En dehors de ces trois actions, le droit des parties n'était pas sanctionné. Toute une catégorie de contrats qu'on appelle en Angleterre « simple contracts », c'est-à-dire ceux qui ne sont pas passés en la forme authentique et ceux qui résultent de lettres ordinaires, de simples paroles ou de la conduite (1) étaient encore au début de ce siècle démunis d'action et par conséquent

(1) Jenks : *A short history of English law*, p. 136.

méconnus du droit anglais. Ces différentes sortes de contrats vont, comme nous allons le voir, recevoir, au cours de ce siècle et des siècles suivants, la sanction judiciaire et un droit nouveau sera par conséquent créé.

La chancellerie, appliquant les termes du deuxième statut de Westminster (1) accorda des writs « *in consimili casu* » pour sanctionner des faits nouveaux ; elle s'est servie pour cela du vieux writ de trespass qui était à l'origine limité aux seuls cas de lésion causée par la force et par les armes et contre la paix du roi (with force and againts the peace of our Lord the King) (2).

Tout d'abord ce writ de trespass *in consimili casu* a été accordé au milieu du 14^e siècle, pour sanctionner le cas d'un dommage causé par la faute du défendeur à un objet quelconque appartenant au demandeur ; ce sont les cas de « Malfeasance » survenus dans des hypothèses comme les suivantes : le batelier de la rivière Humber, qui chargeait trop son bateau, a causé ainsi la perte de certaines choses transportées. En l'espèce, il s'agissait d'un cheval qui a été noyé ; un vétérinaire, qui soignant un animal l'avait négligé et laissé mourir faute de soins (année 1369) ; un maréchal ferrant qui estropia un cheval qu'on lui avait confié pour le ferrer (année 1372) ; un chirurgien qui avait endommagé la main du client à qui il faisait subir une opération (1374). Dans toutes ces hypothèses, une action de trespass « *in consimili casu* » a été accordée. Des rapports contractuels nouveaux ont été

(1) 13 Edw. 1 et 1 (1275), c. 24.

(2) Jenks : *Sh. H.*, p. 137.

ainsi créés et sanctionnés par les tribunaux. Un demi-siècle plus tard on est arrivé à sanctionner un autre groupe des faits ; celui que les juristes anglais appellent « Misfeasance ». Par exemple dans *Somerton's case* (1), il s'agissait d'une personne chargée par une autre d'acheter un manoir qu'elle avait fait acheter par une tierce personne par-dessus la tête de la première. Dans ce cas, s'il n'y avait pas un dommage matériel causé à un objet du demandeur, celui-ci avait néanmoins subi une perte considérable par la fraude du défendeur ; la responsabilité contractuelle dans ces cas a été ainsi établie par les tribunaux.

Restait toujours sans sanction le cas d'un contractant qui refuse d'exécuter son contrat ; c'est le cas de « Nonfeasance ».

Ce cas a été définitivement sanctionné au 16^e siècle par l'introduction d'une action nouvelle, celle d'« Assumpsit » basée sur l'idée d'emprise (undertaking), de la responsabilité acceptée. En 1520, dans *Cleymond v. Vincent* (2) les tribunaux ont accordé une action d'Assumpsit contre les exécuteurs récalcitrants ; en 1557, encore dans *Norwood v Read* (3) et en 1611 dans *Pinchon's case* (4) ; une action d'assumpsit a été aussi accordée ; enfin, dans *Slade's case* (5), il a été déclaré que chaque contrat comporte dans son sein une action d'as-

(1) Y. B. 11, Henri VI, (1433), f^o 18, pl. 10.

(2) Y. B. 12, Henri VIII, f^o 11, pl. 3.

(3) Plowd, 180.

(4) Q. Rep, 86 b.

(5) (1603), 4 Rep., 92 b.

sumpsit (every contract executory imports in itself an assumpsit) et la responsabilité contractuelle fut ainsi définitivement sanctionnée par les tribunaux. Les divers rapports contractuels sont maintenant reconnus et sanctionnés par les tribunaux, non seulement les contrats authentiques (scellés) mais aussi les simples contrats verbaux ont désormais une existence juridique propre.

Une doctrine nouvelle a été créée de toute pièce par les tribunaux au moyen âge ; elle subsiste jusqu'à nos jours avec toute sa force ; c'est la doctrine de « considération ». La « considération » constitue une condition indispensable pour la validité des contrats. Pour qu'une promesse soit sanctionnée, il faut qu'elle soit faite contre un avantage quelconque (récompense) qui revient à la personne qui l'a donnée. Au 16^e siècle, il a été décidé que la « considération » (récompense) peut constituer en une simple promesse (that the consideration to support a simple promise might itself be a promise) (1).

Tel est le droit de contrat et de responsabilité créé et développé par les tribunaux. Aujourd'hui, une promesse légale donnée contre « a valuable consideration » par une personne capable constitue un contrat obligatoire aux parties contractantes (5).

Faisant un bond pour arriver au droit du temps moderne, nous retrouvons la même activité déployée par les tribunaux dans l'adaptation des principes nouveaux aux nouvelles combinaisons de la vie moderne et dans la créa-

(1) *Pecke v. Redman* (1555), *Dyer*, 113.

(2) *Jenks Short: H. P.*, 305.

tion, au besoin des nouvelles règles du droit. Nous donnons ici quelques exemples jurisprudentiels qui se rapportent à la question qui nous occupe en ce moment.

Dans le domaine du droit de travail et de la responsabilité de patron envers ses employés, nous rencontrons une doctrine moderne sortie d'une décision judiciaire rendue par la cour d'échiquier en l'année 1837. C'est la doctrine qu'on appelle en Angleterre « *common employment* ». D'après cette doctrine, le patron, faute d'un texte contraire ou d'une faute personnelle, ne sera pas responsable du dommage causé à un de ses employés pendant son-travail, par un autre employé. Cette doctrine a été établie par la décision de Lord Abinger dans *Priestley v. Fowler* (3 M. et W. 1). Il s'agissait d'un garçon-boucher qui a été endommagé par la faute d'un autre employé. La demande en dommages-intérêts de ce garçon a été rejetée et le patron déclaré non responsable dans ce cas. D'autres décisions successives ont soutenu le même point de vue et la doctrine fut définitivement établie. La doctrine, est fondée comme il est déclaré dans *Hutchinson v. York et c. Railway*, sur l'idée d'un consentement tacite de la part de l'employé de subir les dommages qui résultent de la faute d'un autre employé. Elle a perdu beaucoup de son importance par la promulgation de « *L'Employers Liability Act* de 1880 et de « *Workmen's Compensation Act* ».

La question de savoir si on peut être responsable pour sa négligence grossière ou non, n'a été tranchée par la jurisprudence que vers la fin du 19^e siècle ; la question se présentait dans les circonstances suivantes : A avait

introduit une action contre X et Y, directeurs d'une compagnie, pour dommage à lui causé par un rapport frauduleux publié par eux dans un prospectus de la compagnie. L'exposé publié était faux. Toutefois, X et Y croyaient que l'exposé était exact ; mais la conviction qu'ils avaient de son exactitude était due à la grossière négligence qu'ils avaient commise en omettant d'examiner si l'exposé était exact ou non. Dans *Peck v. Derry* (1887, 37 ch. D., 541) le juge de chancery division soutenait que négligence et fraude n'étaient pas la même chose ; par conséquent, les directeurs n'étaient pas responsables. La cour d'appel cassa cette décision et soutint que la négligence grossière dans les circonstances équivalait à la fraude ; la chambre des lords cassa à son tour la décision de la cour d'appel et se rallia à l'opinion du tribunal de première instance (*Derry v. Peck* (1889), 14 App. Cas. 337). Ce principe devint par la suite une partie du droit anglais.

Une autre question de principe a été aussi décidée dans le temps moderne par la cour du banc de la reine. Cette cour a posé le principe que, lorsque X incitait N à rompre le contrat passé par N avec A, ce dernier avait le droit de réclamer à X des dommages-intérêts (*Sumeley v. Gye* (1853) 2, E. et B., 216).

Ce principe a été soutenu par d'autres décisions ultérieures (*Bowen v. Hall* (1881) 6 Q. B. D. (C. A.) 333 ; *Temperton v. Russel* (1893) 1. Q. B. (C. A.) 715 par la cour d'appel ; *Ouinn v. Leathem* (1901, A. G. 495 par la Chambre des Lords).

II

LA LOI MARCHANDE

Le droit commercial

L'histoire de l'incorporation des règles de la loi marchande dans la Common law nous offre peut-être, le meilleur exemple du rôle exact entrepris par le juge anglais dans la formation du droit dans la majorité des cas. Il possède, comme nous l'avons montré, un pouvoir purement créatif un pouvoir d'invention (1), mais il n'exerçait cette fonction que dans des cas relativement peu nombreux. Dans la majorité des cas, son rôle se bornait à appliquer des règles coutumières préexistantes, à les interpréter en les transformant selon les besoins pour les adapter aux circonstances nouvelles, à faire des emprunts aux droits étrangers qui ont prouvé un heureux résultat dans leur application, enfin à incorporer ces règles dans le droit national, dans la Common law en les déclarant dans ses décisions, qui, reportées dans les recueils de jurisprudence (reports) constitueront désormais la loi judiciaire du pays ; tel est le cas surtout de la loi marchande en Angleterre.

La loi marchande n'était à l'origine que simples règles coutumières, appliquées par les différentes juridictions locales dispersées dans le monde commercial entier. Ces juridictions locales appliquaient dans les

(1) En suivant la notion de la justice et d'après sa science personnelle ou la notion qu'il a du droit.

différents pays où elles siégeaient, à peu près les mêmes règles. Le droit commercial, nous dit M. Carter, était un droit réellement international (1). Ces juridictions locales (2) en Angleterre commencèrent, à la fin du 14^e siècle, de perdre leur compétence ; elles ont fini par tomber en désuétude devant la rivalité de la cour d'Amirauté et même des Cours de la Common law ; la seule de ces cours qui a subsisté au « Municipal corporations act » de 1835 est la cour d'amirauté de cinq portes (The Admiralty court of the Cinque Portes). La cour d'amirauté constituée à la fin du 14^e siècle, au règne d'Edward III, pour connaître les affaires des pirates n'a pas tardé à usurper la juridiction dans toutes les affaires du droit commercial et maritime. Plus tard, le statut Henri VII (3) lui donna la compétence de traiter certaines affaires commerciales (matters of freight or damage to cargo) (4). La cour d'amirauté était très familière avec les règles du droit civil (droit romain) et il aurait été, à cause de cette caractéristique, le tribunal le plus qualifié pour traiter les affaires du droit commercial, si on lui avait laissé cette compétence intacte (5). Mais il n'en fut pas ainsi : les cours de la

(1) Carter: *A history of English legal institution* 1902, dans le chapitre consacré à l'histoire du droit commercial ancien.

(2) De ces juridictions locales, 4 sont les plus célèbres : les juridictions de « portes », les juridictions de « piepoudries », les juridictions du « staple » et les juridictions d'arbitrage privé.

(3) C. 14, (1540).

(4) Carter: ch. *Ancient history of commercial law*.

(5) Holdworth: *S. L. E. L.*, sous le titre commercial law (1925).
commercial law, (1925).

common law, qui refusèrent au moyen âge de connaître les questions concernant le droit commercial, entrèrent bientôt en concurrence aiguë avec la cour d'amiralité. Plus fortes qu'elle, mieux placées, et munies de cette arme solide qui est le writ de prohibition et avec l'aide de fictions légales, elles eurent, en peu de temps, gain de cause. A la fin du 17^e siècle, la victoire des cours de Common law était complète ; elle acquérait compétence dans toutes les affaires du droit commercial. C'est aux efforts de Lord Coke que revient l'honneur de cette victoire ; il mena l'attaque contre la juridiction de l'amirauté, non seulement dans les livres qu'il écrivait, mais aussi lorsqu'il fut à la cour du banc du roi. Les cours de Common law jugeaient donc depuis cette époque les contestations concernant le droit commercial ; mais d'après quelles règles ? Il y avait à leur disposition les coutumes locales et les décisions de la cour d'amirauté recueillies dans le « black book » de l'amirauté ; mais ces règles n'auraient pas satisfait les nouvelles conditions de progrès et de développement dans lesquelles se trouvait l'Angleterre au cours des 16^e et 17^e siècles. Mais pour ce mal, il était facile de trouver un remède. Pas très loin, sur le continent, existait un droit commercial bien établi ; des travaux nombreux de « civil lawyers » offraient une littérature abondante sur la matière (1). Il fallait seulement des juges habiles pour incorporer ces règles dans la Common law et introduire ainsi pour

(1) Holdworth : *S. L. E. L.*, sous le titre commercial law, p. 209.

l'avenir des principes généraux du droit commercial, au sein même de la Common law.

Les juges de la Common law avant Lord Holt et Lord Mansfield n'ont pas su accomplir cette tâche. Ils considéraient les questions de droit commercial comme des questions de fait laissées au jury. Ils reconnaissaient que le « commercial law » constituait une partie de la common law, mais cette « commercial law » n'existait pas. Ils jugeaient chaque cas isolément, sans se préoccuper d'émettre des principes généraux applicables dans l'avenir. Le juge Buller, en 1787, dans *Lickbarrow v. Masson*, déclare cette vérité dans des termes très clairs : « Avant cette époque, dit-il nous trouvons que les cours de justice laissaient dans les « cases » de droit commercial toute « évidence » au jury ; aucune règle générale ne résultait de ces cases. Dans ce temps nous savons que la grande étude a pour but de trouver des principes généraux connus par tout le monde, pour régir non seulement le cas présent, mais aussi pour servir de guide pour la décision de cas futurs ».

Le premier qui a compris la nécessité d'établir les règles de droit commercial sur des bases solides et d'énoncer des règles générales du droit, fut Lord Holt (1). Il a commencé le travail qu'a complété, après lui, Lord Mansfield « the founder of the commercial law ». L'œuvre accomplie par Lord Holt dans ce domaine peut être présentée sous ces trois rubriques (2) :

(1) Lord Holt fut nommé chef justicier du banc de roi en 1689.

(2) Holdsworth : *S. L. E. L.*, p. 218.

1° Il a établi la doctrine moderne de la responsabilité des maîtres (modern doctrine of employers liability).

2° Il a introduit la théorie de la négociabilité des effets de commerce qui n'était pas connue de la common law. « Par de longues suites de décisions judiciaires, nous dit Lord Campbell (1), et par un acte de parlement qu'il a proposé, il a élaboré le code par lequel sont régis, de nos jours presque comme il était de son temps, les effets négociables ».

3° Il a posé des principes généraux très importants, concernant le « contract of bailment ». Dans *Coggs v. Bernardt* (2), il donne l'exposé suivant :

« Il y a six catégories de bailments : Une simple remise des marchandises à une personne pour les garder au profit du propriétaire ; celui-ci, je l'appelle un *depositum*. La seconde catégorie est celle où les marchandises sont prêtées à un ami pour l'usage gratuit de celui-ci ; cela s'appelle *commodatum*, parce que la chose doit être rendue en « specie » ; la troisième est quand la chose est laissée au baillé pour son usage contre un prix de louage ; cela s'appelle *locatio* et *conductio* ; le prêteur s'appelle *locator* et l'emprunteur *conductor*. La quatrième est le cas où les marchandises sont délivrées à une personne pour lui servir de garantie de la monnaie qui lui est empruntée par le bailor ; celle-ci s'appelle en latin *vadium*. La cinquième catégorie est

(1) Lord Campbell : *Lives of chief-justices*, t. II, (Lord Holt).

(2) (1704), 2 Ld. Raym., p. 909 ; cité par Lord Campbell et par Holdsworth.

celle où les marchandises sont délivrées pour être transportées, ou pour subir des transformations quelconques contre une récompense à payer par la personne qui les a délivrées. La sixième catégorie est celle où des marchandises sont délivrées à une personne qui doit les transporter ou leur faire subir des travaux quelconques gratuitement, tel que le cas présent ».

Les services rendus par Lord Holt à la common law, quoique importants, peuvent paraître minimes si on les compare à l'œuvre entreprise par Lord Mansfield (1). Lord Mansfield est dénommé par tous les auteurs du droit anglais le « founder of the commercial law ». C'est lui qui a achevé l'incorporation du droit commercial dans la common law. Il a mis sa connaissance du droit romain au service de cette tâche. Il s'est beaucoup aidé dans ce travail des principes du droit romain. Dans une époque de floraison du commerce où l'Angleterre était devenue le premier pays commercial du monde, on sentait le besoin d'un droit commercial qui s'harmoniserait avec la situation commerciale et qui aiderait à la continuité du développement commercial. Lord Mansfield était l'homme désigné pour remplir cette tâche. Il a établi un nouveau système juridique et posé les principes généraux nécessaires dans toutes les branches du droit commercial. Sa tâche a été d'autant plus facile, qu'il n'y avait que très peu de précédents judiciaires sur la matière et moins encore de statuts susceptibles de lui bloquer le chemin (2);

(1) Chef justicier de la cour du banc de roi de 1756 jusqu'à 1793.

(2) Holdsworth, p. 218 et suivantes, « In his treatment of commer-

le champ était libre pour l'exercice de la législation judiciaire.

Nous ne saurons mieux faire ici que de donner quelques exemples de ces décisions judiciaires.

Nous lui trouvons, en ce qui concerne le contrat d'assurance, une décision fort intéressante qui montre la nature de ce contrat et les droits et obligations des parties contractantes, c'est le case. *Carter v. Boehm* (1).

Dans l'espèce, le gouverneur du fort de Maborough dans l'île de Sumatra, avait assuré le fort contre la capture pendant un an. Le comte d'Estaigne a pris le fort dans cette même année, les assureurs refusèrent de payer à l'assuré la prime d'assurance, en arguant que l'assuré ne leur avait pas fait connaître le cas de faible résistance du fort ou la probabilité d'une attaque française.

Lord Mansfield : l'assurance est un contrat aléatoire. Les faits qui sont susceptibles de montrer le degré du risque sont en général dans la connaissance de l'assuré. Les assureurs se fient à ces constatations, croyant qu'il n'a pas caché des circonstances qu'ils n'ont pas les moyens de connaître. Une telle circonstance, si elle est dissimulée, constitue une fraude et annule la police d'assurance, même si la suppression des faits était une simple négligence, parce que la connaissance de telles circonstances constitue un élément important du contrat dont

cial law, he was not confronted by a fixed body of legal doctrines which made judicial legislation on a large scale impossible ».

(1) 3. Burr., 1905 ; *sir. W. Bl.*, 591, reproduit par Lord Campbell, t. II, p. 407.

le défaut aurait empêché sa conclusion. La police serait également annulée contre les assureurs, s'ils ont dissimulé un fait qu'ils sont les seuls à connaître, comme s'ils savaient, par exemple, au moment du contrat, que le navire qu'on allait assurer contre les risques de mer était déjà arrivé intact au port. Ils seraient obligés, dans la circonstance, de rendre les primes qu'ils ont indûment reçues. Ce principe est applicable à tous contrats. La bonne foi défend à chaque partie de profiter de l'ignorance de l'autre des circonstances qu'elle connaît, pour conclure un contrat que l'autre partie n'aurait pas accepté si elle avait connu ces circonstances. Mais chaque partie peut garder le silence sur des circonstances à propos desquelles chacun peut exercer son jugement...

Il y a beaucoup de circonstances à propos desquelles l'assuré peut également garder le silence. Il n'est pas tenu de déclarer ce que l'assureur connaît, doit connaître, ou ce qu'il est présumé connaître ».

Appliquant ces principes au cas-présent, Lord Mansfield déclare que les assureurs, auraient dû prévoir les circonstances qui ont amené à la prise du fort.

En ce qui concerne les billets à ordre, Lord Mansfield, dans *Heylyn v. Adamson* (1) a posé les principes suivants :

« Un billet à ordre, dit-il, est un ordre adressé au « drawee » qui a, ou est supposé avoir la provision nécessaire pour payer la valeur du billet à son porteur. Lorsque le drawee a accepté le billet, il devient le débi-

(1) Reproduit par Lord Campbell, t. II, p. 408.

teur principal et un premier recours doit lui être adressé, avant de recourir aux autres parties qui ne sont plus que ses cautions. Par conséquent, si le porteur manque à son obligation d'assigner, en temps utile, le drawee et s'il n'obtient pas satisfaction pour cette raison, les autres parties seront néanmoins libérées de leur obligation comme endosseurs ou cautions. Et lorsque le billet est endossé par son porteur à un troisième, il devient un nouveau billet et l'endosseur est considéré en face du nouveau porteur, comme un tireur d'un nouveau billet.

Ainsi, de cette façon, fut incorporé tout le droit commercial dans la Common law au 18^e siècle. A partir de cette époque, les précédents judiciaires et les ouvrages sur le droit commercial ne font que s'accroître de jour en jour.

SECTION II

L'EQUITY

Nous nous occupons ici seulement de l'équité comme corps de droit applicable dans la cour de chancellerie ; nous négligeons par conséquent très volontiers la première phase obscure où l'équité, notion du droit, apparaît dans les cours de common law.

L'équité est donc le droit administré dans la cour du chancelier. Au sein de cette cour, un système fait son apparition, un système opposé à celui de la Common law (1)

(1) Holdsworth : *S. L. E. L.*, p. 177 et suivantes.

Les chanceliers étaient à l'origine des ecclésiastiques imbus du droit canonique et du droit romain. Pour cette raison, beaucoup de doctrines du droit canonique ont pu glisser à cette époque dans le droit d'équité. Le droit de Dieu et le droit naturel ont trouvé un grand respect dans les cours des chanceliers ecclésiastiques. Sous le règne d'Henri VIII, des lawyers sont venus remplacer les chanceliers ecclésiastiques dans cette cour ; c'est ce qui a apaisé un peu la rivalité entre elle et les cours de Common law. Mais cette paix entre les deux juridictions n'a pas duré longtemps. Le conflit a cependant repris avec plus de vigueur au 17^e siècle et se termina sous James 1^{er} par la victoire de l'équité ; la cour d'équité a acquis une autorité égale et parfois supérieure à celle des cours de la Common law. Ainsi se termina la guerre déclarée entre les deux juridictions, entre Lord Coke, champion de la Common law d'un côté et Lord Ellesmere de l'autre.

Les Chanceliers des 17^e, 18^e et 19 siècles ont entrepris l'œuvre de transformation de l'équité en un corps de droit déterminé, ayant un domaine fixe de juridiction. Les principes d'équité une fois créés et consolidés par les chanceliers devenaient ensuite stables et formaient ce corps de jurisprudence qui s'est élevé à côté de la common law et du statute law. Ce ne sont plus des règles de conscience, mais des règles de droit fixées et stables. Lord Nottingham dans *Coke v. Fountain* (1) déclare que la conscience par laquelle il procède est purement *civilis et*

(1) (1672) 3. Swanst at, p. 600.

Politica et non comme à l'origine *naturalis et interna* (1).

Les chanceliers qui ont accompli cette transformation sont bien connus ; la part entreprise par chacun d'eux dans ce travail n'est pas moins connue. Lord Ellesmer and Lord Bacon, Lord Hardwicke and Eldon, voilà des chanceliers à qui revient le mérite de la transformation de l'*equity* (2).

Ce système juridique est donc l'œuvre directe et la création des chanceliers de la cour d'équité. Sur ce sujet, point de controverse ; tous les auteurs de droit anglais admettent que le corps de droit d'équité doit son existence à l'œuvre individuelle des chanceliers. L'histoire de l'équité nous permet de reconnaître en personne le chancelier qui a créé, introduit ou développé chaque principe ou ensemble des principes d'équité. Cette tâche serait d'autant plus facile que les principes d'équité en général sont restés jusqu'à une époque relativement récente en cas d'instabilité et que le chancelier est resté longtemps le seul juge d'équité. M. Lambert, dans son ouvrage sur la fonction du droit civil comparé où il combat très énergiquement la doctrine romano-canonique de la coutume, est d'accord sur ce point avec les auteurs anglais (3).

(1) « It is infinitely better for the public, dit-il, that a trust security of agreement which is wholly secret should miscarry, than that men should lose their estates by the mere fancy and imagination of a chancellor.

(2) Holdsworth : *S. L. E. L.*, p. 195 et suivantes.

(3) Son opinion n'est pas d'ailleurs spéciale au système de l'équité

« Cela est de toute évidence, écrit-il (1) quant à l'équity œuvre de la chancellerie et de ses tribunaux. Cette partie de la coutume générale se compose des solutions consacrées jadis par les cours d'equity, des tempéraments et des dérogations apportées par elles aux règles de l'antique tradition. C'est un système de jurisprudence et non pas un corps des coutumes au sens romain et canonique du mot ».

La discussion théorique sur ce point évitée. il ne nous reste qu'à illustrer la question par des exemples. Nous examinons pour cette cause, dans leur naissance et dans leur développement, deux institutions juridiques d'équité « le trust » ou le « uses » et la doctrine du patrimoine séparé de la femme mariée (separate estate).

I

LE TRUST OU USES

Au cours du 13^e siècle, en Angleterre, apparut un nouveau système de propriété foncière qui allait au premier abord — pensait-on — faire disparaître le système féodal existant (legal system) ; mais grâce à la stabilité et à l'élasticité de celui-ci, il n'en fut rien et le système féodal a subsisté; une dualité de système s'en est résultée : le système féodal « legal ounership » et le système équitable « equitable ounership » qui existent jusqu'à nos jours en Angleterre, l'un à côté de l'autre.

mais s'étend à la Common law, qu'il soutient être aussi purement et simplement une création jurisprudentielle.

(1) Lambert, p. 179.

Ce qui nous intéresse ici, c'est ce nouveau système qu'on appela, à l'origine, « uses » et plus tard, au 16^e siècle, « trust ».

Cette institution juridique doit son existence, son développement et son maintien à la juridiction d'équité. On définit même le « uses » en disant qu'il est un droit créé par l'équité ». Quelle est cette institution juridique, ces « uses » ou « trust » ? C'est une disposition fiduciaire de la terre qui consiste à remettre à une personne un bien foncier en l'obligeant à l'administrer et à en être le propriétaire — apparent seulement — étant entendu que le véritable propriétaire était une autre personne non dénommée ou dénommée dans un acte déterminé (1). La raison qui a donné naissance à ce système est l'état spécial de la tenure anglaise qui était à l'origine une tenure militaire .

Le propriétaire foncier devait rendre à son souverain certains services féodaux d'ordre militaire. Les enfants, les femmes, les maisons religieuses possédaient des terres, mais ne pouvaient pas remplir ces services féodaux. Il fallait donc leur suppléer une personne qui prendrait vis-à-vis du roi, à l'extérieur, la propriété de la terre, qui rendrait le service de l'hommage et de vassalité, mais qui laisserait aux enfants, femmes ou maisons religieuses tous les bénéfices de la terre. Les premiers qui utilisèrent cette combinaison furent les ordres de St-François, ordres mendiants qui, ayant fait vœu de pauvreté, ne pouvaient recevoir de dons pour leurs œuvres et en

(1) Lévy-Ullmann : Cours de doctorat 1926-1926.

avaient pourtant absolument besoin pour ces mêmes œuvres et pour assurer leur propre existence. Ce n'est pas d'ailleurs le seul cas, beaucoup d'autres catégories de personnes se servaient de cette combinaison pour leurs besoins ; des nobles s'en allant à la guerre et voulant mettre leurs biens à l'abri des confiscations ; des débiteurs voulant se dérober aux créanciers, etc. L'institution était, en somme, dès sa naissance, très populaire et rendait de très grands services à la propriété foncière en Angleterre.

A l'origine, cette institution si bienfaisante, ne comportait aucune sanction juridique ; le *feoffee to uses* (propriétaire apparent) n'était tenu par aucune obligation juridique envers le *cestui que use*, le véritable propriétaire ou le bénéficiaire ; un simple devoir moral lui imposait de tenir compte au bénéficiaire de tous les bénéfices. Là, et tout de suite, entre en scène la juridiction de la chancellerie ; elle sanctionna le « *uses* » comme une obligation de conscience. Une action obligeait le *feoffee to uses* à se présenter devant la cour et lorsqu'il était prouvé qu'il avait manqué au devoir de conscience on le condamnait et au besoin on le mettait en prison. Voilà le droit de *cestui to uses* assuré juridiquement, grâce à l'action créatrice de la juridiction d'équité.

Au règne d'Henri VIII, le « *uses* » allait cependant recevoir un coup mortel par le fameux statute of uses de 1535 ; mais la cour de chancellerie s'empressait de venir à son aide, et, par des moyens détournés, lui sauva l'avenir et depuis, le « *trust* » allait toujours en se dévelop-

pant au sein de la cour d'équité. La cour a trouvé moyen de sauver du coup mortel du « statute of uses » trois sortes de « uses » qui allaient bientôt — surtout le troisième — avoir une application générale et ainsi détourner les termes du statut. Ces trois sortes qui restaient, d'après la juridiction de chancellerie, en dehors de l'application de ce statut sont les suivantes : (1).

1° Le trust actif (active trust) dans lequel le *feoffee to uses* n'était pas un simple prête-nom, mais un vrai administrateur .

2° Uses of leaseholds (le use d'une tenure à bail).

3° An use upon an use : le cas de deux « uses » accolés l'un à l'autre (enfeoffed A to the use of B to the use of, or in trust for C.). Le statut épuise son effet avec le premier « use » et alors le second prend toute sa valeur.

Le maintien du système étant assuré, il restait à la cour de chancellerie de le développer ; c'est ce qu'elle a fait au cours des 17^e et 18^e siècles.

Nous montrerons par des étapes successives le développement accompli au cours de ces siècles.

1. Le bénéficiaire, (*cestui to use*) avait tout intérêt à ce que le « trustee's estate » restât à l'abri de toute perte ou dégât résulté d'une faute personnelle du *feoffee to uses*. Si on pouvait confisquer par exemple le trustee's estate pour crime commis par lui, le *cestui to use* perdrait, par la suite, tout bénéfice. Aussi la cour de chancellerie s'est-

(1) Jenks: *A short history of English law*, p. 221 et suivantes.

elle mise en œuvre pour sauvegarder l'intérêt du bénéficiaire. Le chief justice Bridgman, dans une case *Geary v. Bearcroft* (1), est rapporté avoir déclaré que le trust est opposable au « lord » prenant par « *escheat* » (2). Le même avis a été affirmé par Sir John Trevor dans *Eales v. England* (3). Mais ces affirmations n'étaient encore que simple dicta. Ce n'est qu'en 1834 qu'il a été décidé définitivement que ni le crime du *jeofee to use*, ni la mort de celui-ci, sans héritier, ne pourraient mettre en danger l'intérêt du *cestui to use* (4). Dans *Noël v. Jevon* (5), Lord Nottingham a aussi déclaré en ce qui concerne les réclamations de la veuve du trustee contre le donateur (*cestui to use*) qu'il était une pratique constante de les rejeter (*to relieve against such claims*).

2. Lord Nottingham en 1670 dans *Burgh v. Francis* (6) a posé le principe que les dettes d'un propriétaire d'un « legal estate » ne saurait léser l'intérêt du bénéficiaire. Ce principe a été appliqué au trust par Cowper dans *Finch v. E. Winchilsea* (7). En 1725, Jekyll M. R. dans *Bennet v. Davis* (8) a décidé que même la faillite du *jeo-*

(1) (1666), cart, 67, felony.

(2) That the trust would be enforced against; the lord taking by escheat.

(3) (1702) Pre. Cha at p. 202, failure of heirs.

(4) Jenks: *Short history*, p. 223.

(5) (1678), Freem. Cha. co 43.

(6) 1. eq. Ca Ab, 321.

(7) (1715), I. P. Wms. 277.

(8) 2 p., Wms., 316.

fee to use ne porterait aucune atteinte aux intérêts de *cestui to use*.

3. Les chanceliers ont décidé d'appliquer au « equitable estate », tant que cela est possible, les règles concernant le « legal estate ».

4. Dans *Keech v. Sandford*, (1) Lord King a posé le grand principe suivant : Tout profit acquis par le trustee en vertu de sa situation comme *feoffee to use* serait considéré comme appartenant au *cestui to use* ; il lui en tiendrait compte.

Dans l'espèce, il s'agissait d'un marché pris à bail et institué en trust. A l'expiration du bail, le Lord (propriétaire) refusa de renouveler le bail ni au trustee dans cette qualité, ni au bénéficiaire (*cestui to use*). Il le renouvela cependant en faveur du trustee en personne (non en sa qualité de trustee). Il a été jugé que le bail constituait néanmoins une partie du trust (au profit du *cestui to use*).

Lord Chancelier King (2) : « Je dois considérer cela comme un trust pour le pupille, parce que je le vois bien, si le trustee, dans tous les cas du refus du renouvellement du bail, le prenait pour lui, peu de trust-estate se renouvelleraient au profit du *cestui to use*. Quoique je ne dise pas qu'il y ait là une fraude, le trustee aurait dû cependant laisser tomber le bail au lieu de le prendre pour lui. Cela peut paraître dur, que le trustee soit la

(1) (1726), 2 ek. Ca Ab, 741.

(2) White: *A selection of leading cases in equity*, 8^e édition, tome 2, 1912.

seule personne au monde qui ne puisse pas prendre le bail ; mais il est très opportun que la règle soit stricte et non pas souple ; sinon, quelles seraient les conséquences si on laissait le trustee prendre le bail pour lui chaque fois qu'on en refuserait le renouvellement ?

II

LA FORMATION DE LA DOCTRINE DE « MARRIED WOMEN'S SEPARATE ESTATE »

La question concernant le patrimoine et la capacité contractuelle de la femme mariée nous fournit un autre exemple instructif de l'œuvre créatrice des chanceliers. Ils ont édifié de toute pièce un système juridique nouveau, dotant la femme mariée d'un patrimoine séparé (separate estate) et lui conférant une capacité beaucoup plus étendue de contracter et de disposer, allant, en tout cela, à l'encontre des règles archaïques de la Common law. Ce système a été solidement édifié longtemps avant le vote de « Married Women's propriety act 1870-1893 ». D'ailleurs, les règles établies auparavant par les chanceliers ont déterminé dans une large mesure la date, la méthode et la nature de la réforme réalisée plus tard par le parlement (1).

Le principe dominant de la common law concernant le statut personnel de la femme mariée était celui

(1) Dicey : *Leçon sur les rapports entre le droit et l'opinion publique*, p. 350 et suivantes,

énoncé par Blackstone dans son commentaire (1) :
« Par le mariage, le mari et la femme sont une seule personne en droit, c'est-à-dire que l'être même ou l'existence légale de la femme est suspendue pendant le mariage ou du moins est incorporée et confondue dans celle du mari ».

Le mariage était un transfert au mari des droits de la femme sur ses biens, tout au moins pendant qu'elle était soumise à la puissance maritale. Une grande partie des biens de la femme devenait absolument la propriété du mari, en sorte que même au cas de survie de la femme, ses biens allaient aux héritiers du mari. La totalité des revenus de la femme, quelle qu'en fût la source, appartenait à son mari. Encore une femme mariée n'avait-elle aucune capacité contractuelle (2). Sa capacité testamentaire était extrêmement limitée ; elle ne pouvait pas disposer des biens fonds qu'elle avait en « freehold » ; le pouvoir testamentaire qu'elle possédait en ce qui concerne ses biens mobiliers (personal property) ne pouvait être exercé qu'avec le consentement de son mari et ce consentement lorsqu'il était donné pouvait être révoqué à tout moment.

C'est contre cet état d'impuissance et d'incapacité de la femme que se sont dirigé les attaques de la chancellerie ; la cour d'équité a réussi à la fin à doter la femme mariée d'un « separate estate » comme nous l'avons signalé plus haut ; elle est arrivée à son but par des

(1) Blackston : Commentaire, 1. p. 441.

(2) Jenks : *A short history of English law*, p. 225 et suivantes.

étapes échelonnées telles que nous les montrerons tout de suite.

1. Tout d'abord la chancellerie déclarait *propres à la femme* les biens qui lui avaient été donnés « for her separate use » ou « sole and separate use » (1), soit avant, soit après le mariage. Ces biens restaient en dehors du contrôle du mari et exempts de ses engagements ; ils appartenait en *separate estate*, à la femme.

2. La cour de chancellerie ne se contenta pas de cette protection ; elle est intervenue pour procurer à la femme un établissement « *settlement* » de ses propres biens qu'elle possèdera désormais en qualité de *separate estate*. (patrimoine séparé).

Ce nouveau principe a été posé dans le cas *Packer v. Windham* (2). Il s'agissait dans l'espèce, d'un homme qui a épousé clandestinement une riche aliénée. La cour ecclésiastique validait le mariage, mais la cour d'équité refusait de faire passer les biens de la femme entre les mains du mari jusqu'à ce que celui-ci ait fait un *settlement* convenable au profit de sa femme. Cette doctrine a vite fait jurisprudence et la nécessité d'un « *settlement* » devenait non seulement opposable au mari, mais aussi aux créanciers de celui-ci (3). Elle restait cependant d'un effet négatif, c'est-à-dire la cour n'imposait ce « *settlement* » au mari qu'en cas de contestation apportée devant elle.

(1) *Darcy v. Chute*, (1663), 1 Cha. co 21 ; *Haymer v. Haymer*, (1678), 2 Vent 343 ; *Cotton v. Cotton*, (1693), 2 verm. 290.

(2) (1715), Pre. Cha. 412.

(3) *Jacobson v. Williams*, (1717), 2. p. Wms 382, Lord Cowper.

3. La Cour de chancellerie accorda à la femme le droit de donner ou de vendre ses biens propres, ainsi que de les laisser par testament à qui lui plaisait (1).

4. En 1723, Sir Joseph Jekyll M. R. dans *Norton v. Turvil* (2) déclarait que les dettes de la femme étaient payables sur sa « *separate personality* » propriété mobilière séparée. En 1778, Lord Turlow, dans le célèbre case *Hulme v. Tenant* (3) déclarait que les dettes de la femme (ses contrats) grevaient ses fonds séparés.

Lord Thurlow : « Je ne connais aucun case où les engagements généraux de la femme ont nécessité la disposition des biens fonds, par son trustee, que celui-ci ait fourni au moyen de la vente de ses biens, de leur mise en hypothèque ou de tout autre moyen, l'argent nécessaire pour acquitter ses dettes. Il est difficile ici de donner satisfaction sans avoir recours à de tels procédés... Je n'ai aucun doute sur le principe. Puisque la cour d'équité dit qu'une « *feme covert* » peut posséder un « *separate estate* », elle devrait par la suite laisser tous ses biens répondre de ses engagements (4). »

5. A l'encontre du mouvement jurisprudentiel qui allait avec une certaine rapidité vers la libération complète de la femme, le grand Chancellor Thurlow pro-

(1) Dicey : *Leçon sur les rapports entre le droit et l'opinion publique*, p. 350 et suivantes.

(2) 2 p. Wms 144.

(3) (1778), Bro C. C. 16.

(4) White : *A selection of leading cases in Equity*, t. I., p. 686.

pose une nouvelle réforme qu'il affirma définitivement en 1817 dans *Jackson v. Hobhouse* (1).

Lord Thurlow, pour protéger la femme cette fois non contre l'acte de son mari, mais contre ses propres actes, inventa la clause connue sous le nom de restriction on anticipation. Cette clause lorsqu'elle est insérée dans l'acte faisant un *settlement* de biens au profit d'une femme pour son usage propre, rend impossible pour elle, durant la puissance maritale, soit d'aliéner les biens, soit de les grever par ses propres dettes ; elle ne peut en aucune façon, tant qu'elle est mariée, anticiper sur ses revenus.

SECTION III

L'AUTORITÉ DU PRÉCÉDENT JUDICIAIRE

Le précédent judiciaire en Angleterre a été entouré depuis fort longtemps d'un respect et d'une considération particulière ; mais la reconnaissance définitive de sa force obligatoire ne date que de notre temps contemporain.

Déjà au 13^e siècle, Bracton professait de suivre dans le jugement des affaires, le précédent rendu dans (*indicentur*). Son livre sur le droit anglais contenait 500 références aux cas jugés, et le fameux « *Bracton's note book* » contient 2.000 cases, preuve de l'importance que tient le *case-law* dans la vie juridique de ce siècle.

Dans le troisième quart de ce siècle, la pratique de cita-

(1) 2 Mer, 483.

tion des cas jugés dans les cours de justice se montre fréquente (1). Bracton nous montre comment les juges dans ce temps lointain cherchaient un guide dans le précédent.

L'apparition du « Year Books » nous apporte encore une preuve plus sûre de cette pratique de citation des cas jugés.

Au début du 14^e siècle, nous rencontrons Herle qui, plaidant dans une affaire, rappela à la Cour que sa décision serait reçue comme une autorité et par conséquent devait être bien réfléchie « for the judgements that you shall now make in this matter will be used hereafter in every « quare non admisit » in England ». (2).

Ces citations fréquentes des cas jugés ont été aussi bien faites par les avocats que par les juges eux-mêmes et ont été souvent suivies dans les jugements des cas présentés. Inge J. citait en 1314 l'opinion de Sir Ralph of Hengham à l'appui de son jugement (3). Besfor, chef justicier du banc du Roi nous est présenté par le Year Book d'Edward II comme une personne de bonne mémoire citant des précédents déjà lointains.

Mais si les cas jugés ont été, à cette époque, souvent cités et suivis, les juges ne se considéraient pas comme tenus de les suivre. Dans un cas (4) *Drinkstone v. Proress of Markeyate*, Hedon citait à l'appui d'une demande

(1) Allen 125.

(2) Year book, 32 Ed. 1 Ed. Horwood, p. 32, cité par Pollock first book of jurisprudence, p. 301 et par Allen, p. 126.

(3) Allen, p. 130.

(4) Y. B. 5 Ed. II (S. S. XI), 96, 98.

de dommages et intérêts, un précédent contenu dans *Cooper v. Delegold* (1) en disant que des dommages-intérêts ont été accordés dans des cas semblables. La réponse du juge fut simplement « Vous ne les verrez jamais tant que je suis ici — You will never see them so long as I am here ». A partir du 16^e siècle, la pratique de suivre le précédent s'accroît et dans les « abridgements » de cette époque intermédiaire, nous trouvons des passages divers professant comme Bracton l'avoir déjà fait au 13^e de suivre l'exemple du précédent. Mais malgré cette tendance accentuée et malgré la déclaration de Blackstone au 18^e que le devoir du juge est de se conformer au précédent (the duty of the judge is to abide by former precedent) nous rencontrons encore au 18^{ème} siècle quelques révoltes de la part des juges de Common law contre — la force obligatoire du précédent — l'empire du précédent. Des juges ont pu refuser de suivre l'exemple du precedent) nous rencontrons encore au 18^e siècle quelquefois contraire aux usages judiciaires « contrary to all experience (2). Dans un cas célèbre *Pillans v. Van Mierop*, le juge Wilmut déclare que plusieurs cas sont étranges et absurdes. Lord Mansfield rejetait beaucoup de précédents sous le prétexte que les *reports* qui les recueillaient n'avaient pas d'autorité.

Aujourd'hui, la force du précédent est bien établie, mais il ressort de ces faits historiques que la théorie juri-

(1) Y. B. 5 Ed. II (S. S. XI), 84.

(2) Denn V., Purvis I Burr, 326.

dique du précédent obligatoire que nous allons tout de suite étudier porte une date relativement récente (1).

LA THÉORIE JURIDIQUE MODERNE DU PRÉCÉDENT JUDICIAIRE

Un des traits caractéristiques du droit anglais qui le différencie le plus du droit continental est celui d'être un droit judiciaire (2). La force obligatoire dont jouissent les décisions judiciaires anglaises est particulière aux seuls pays anglo-saxons. Dans le système juridique continental, la jurisprudence joue un rôle important qu'on serait taxé d'ignorance de vouloir méconnaître ; une suite de jurisprudence rendue dans la même voie et déclarant les mêmes principes est généralement suivie et reconnue comme une expression du droit. Plusieurs sont les exemples de l'activité croissante et en quelque sorte créatrice de la jurisprudence française. La théorie actuelle de la stipulation pour autrui, le système juridique de l'assurance, la responsabilité objective, et beaucoup d'autres encore, tous doivent leur actuelle fortune à la jurisprudence française. Tout cela est vrai, mais jamais on n'a prétendu qu'un principe du droit contenu dans une suite des décisions judiciaires s'imposerait aux Tribunaux au même titre qu'un article du Code. Le système français est tout autre. Chaque tribunal est libre de refuser l'application de tels principes jurisprudentiels, et *a fortiori* d'un principe émanant d'une décision isolée. La déci-

(1) Lévy-Ullmann : Cours de doctorat 1926-1927, 39^e conférence.

(2) Lévy-Ullmann : Cours de doctorat, 1926-1927.

sion même de la Cour de Cassation n'est pas obligatoire à une cour inférieure, celle-ci peut s'en départir. Il faut que la question revienne une deuxième fois devant la Cour de Cassation et que celle-ci rende sa sentence toutes Chambres réunies pour que cette sentence s'impose au Tribunal inférieur. Ce système est loin de ressembler au système anglais. Le précédent en Angleterre, même seul et isolé, constitue une source formelle de droit. Qu'il soit déclaratoire « *declaratory precedent* » d'un préexistant ou original « *original precedent* » qui crée et applique un droit nouveau, le précédent a toujours la même force de loi. La *ratio decidendi* qu'il comporte s'impose dans l'avenir au même titre que le « *statute-law* » aux tribunaux anglais inférieurs.. « *A judicial precedent nous dit Salmond, (1) speaks in England with a voice of authority ; it is not merely evidence of the law but a source of it ; and the courts are bound to follow the law that is so established* ».

Cette règle ainsi énoncée n'expliquerait peut-être pas assez clairement le fonctionnement exact de ce système en Angleterre. Il importe par conséquent, pour comprendre ce système de donner, dès maintenant, quelques éclaircissements nécessaires sur son fonctionnement.

1° *Observation* : Au premier abord nous devons montrer que tous les précédents n'ont pas la même force obligatoire. Les auteurs du droit anglais divisent les précédents sous ce rapport, en deux catégories

(1) p. 159.

(A) Les précédents d'autorité absolue « precedent of absolute authority » qui s'imposent tels qu'ils sont, quoique erronés et irraisonnables, sans qu'aucun tribunal ait le droit de se prononcer sur leurs mérites « It has a legal claim and unquestioning obedience » (1).

B) Les précédents d'autorité conditionnelle « precedent of conditionnal authority » qui peuvent être soumis à l'examen des autres tribunaux et rejetés par eux si les conditions que nous indiquerons tout à l'heure se trouvent réunies. Seules les décisions de la Chambre des Lords, des cours supérieures en regard des cours inférieures et aussi de la Cour d'appel pour elle-même et pour les cours inférieures, jouissent de l'autorité absolue. Toutes les autres n'ont qu'une autorité conditionnelle. Mais, et ceci est une remarque importante, tant que les décisions d'une autorité conditionnelle n'ont pas été examinées et rejetées (overruled, disregarded) elles gardent l'autorité simple qui appartient à tout précédent. Elles sont des « authoritative » et non des « persuasive precedents » et peuvent acquérir par le laps de temps une autorité absolue qui les rend inattaquables. Quelles sont donc les conditions dont la réunion est nécessaire pour permettre aux tribunaux de rejeter ou de méconnaître un précédent conditionnel ? (disregard or overrule it). Elles sont au nombre de deux :

1. Il faut que la décision soit rendue contrairement aux principes préexistants de la loi ou, s'il n'y a pas de principes préexistants, qu'elle soit contraire à la raison « contrary to reason », c'est-à-dire que le tribunal

(1) Salmond, p. 164.

devant lequel le précédent est invoqué le juge ainsi.

2. Il faut qu'il ne se soit pas écoulé entre la prononciation du jugement et son examen par un autre tribunal, un temps assez long pour permettre l'application de la maxime *communis error facit jus*.

C'est un principe aujourd'hui reconnu par des décisions judiciaires qui permet au précédent d'acquérir une nouvelle force par le laps de temps. Les juristes anglais invoquent à l'appui de cette règle l'argument suivant : Le précédent conditionnel, disent-ils, s'il est resté quelque temps avant d'être remplacé ou rejeté par un autre jugement a été pendant ce laps de temps la seule expression du droit qui existe et les particuliers dans la direction de leurs affaires ont conformé leurs actes, fondé leurs espérances sur ces principes déclarés dans le jugement. Aussi serait-il en quelque sorte un bouleversement dans les relations particulières et un acte contraire à la justice que de vouloir abolir un principe qui a déjà constitué pendant longtemps la base des divers rapports contractuels, des transferts des propriétés et des divers autres rapports juridiques. Mieux vaut garder un principe qui est peut-être erroné ou peu conforme à la raison que d'atteindre à la sécurité et à la stabilité des lois. Lord Eldon a dit dans un case *Sheddon v. Goodrich* : « Il est préférable que la loi soit fixe que de laisser chaque juge spéculer sur son développement ». *It is better that the law should be certain than that every judge should speculate upon improvements in it* (1). Deux autres cases ont

(1) 8 Ves, 497.

consacré ce principe. Dans le premier (1) il est déclaré qu'un précédent d'une cour de première instance, à cause de son caractère pratique résultant de sa longue existence, et, en dehors du degré de la cour qui l'a prononcé, doit acquérir pour la sauvegarde des intérêts publics une autorité absolue et devenir obligatoire.

Dans la deuxième (2) nous trouvons le passage suivant : « When an old decided case has made the law on a particular subject, the court of appeal ought not to interfere with it because people have considered it as establishing the law and have acted upon ».

Voilà les deux conditions nécessaires pour permettre aux tribunaux de se départir d'un précédent conditionnel.

Le mode de rejet des précédents diffère d'ailleurs suivant le degré devant lequel le précédent en cause est invoqué. Si c'est un tribunal supérieur il pourra annuler le jugement et avec lui, le principe de droit qu'il renfermait et lui substituer un autre principe ; si ce tribunal est du même degré, il pourra seulement méconnaître le principe déclaré par le précédent et poser lui-même le principe qu'il juge opportun et dans ce cas le droit reste incertain et imprécis jusqu'à ce qu'un tribunal supérieur décide entre les deux principes.

II^e *Observation* : Notre deuxième observation concerne la partie obligatoire du jugement. Nous avons vu plus

(1) *Pugh V Golden Valley railway Company*, 15 Ch. D. at p. 334.

(3) *Smith V Keal*, 9 Q. B. D., at p. 352. *See also in re wollis*, 25 Q. B. D., 180.

haut que le juge anglais, doit, chaque fois que les circonstances des cas lui permettent, énoncer les principes juridiques qu'il applique par la suite au cas concret présenté et qui resteront applicables dans l'avenir aux cas analogues. Ce sont ces principes là qu'on peut dégager des jugements par des procédés spéciaux d'induction, qui constituent la source du droit et enfin qui jouissent de la force obligatoire accordée au précédent. La décision judiciaire contient souvent des principes juridiques qui n'ont aucun rapport avec les cas concrets à juger, des principes dont l'énonciation n'était pas nécessaire pour les jugements de l'affaire en cause. Ces principes là ne jouissent d'aucune autorité. On les appelle le *dicta* judiciaire, ils sont simplement de « *persuasive precedent* » (1) La force obligatoire appartient aux seuls principes formulés par le juge au besoin du cas présent. Ces principes sont connus sous le nom de *rationes decidendi*, « The only judicial principles, nous dit M. Salmond, which are authoritative are those which are thus relevant in their subject matter and limited in their scope » (2). Nous ne saurons mieux expliquer cette question de la *ratio-decidendi* que par l'exemple suivant que nous rencontrons dans la conférence (lecture) 39° d'Austin (3).

Dans un case, *Read, v. Brookman*, il s'agissait de

(1) Salmond, p. 164.

(2) p. 178.

(3) *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*, p. 680.

la preuve du contenu d'un acte perdu. Lord Kenyon décida qu'on peut se dispenser de la (profert) présentation de cet acte « S'il avait déclaré, nous dit Austin, qu'on peut s'en dispenser chaque fois qu'un instrument de preuve quelconque est perdu, il aurait probablement été considéré comme ayant dépassé la limite du cas présenté « it would have been said that he had taken into his decision objects to wich the immediate case has no reference and that he ought to have confined himself to a bond ». Cet exemple est susceptible de nous éclairer le mieux du monde sur la notion de la *ratio-decidenti* si difficile à saisir.

III° *Observation*. — Les décisions rendues par les tribunaux d'une autre juridiction ne jouissent pas de la force obligatoire du précédent (1). Ainsi les décisions de la « judicial committee on appeal from colonies », de « Erish Courts » « american Courts » et de « scottish courts » ne sont pas considérées comme précédents obligatoires en Angleterre. Elles jouissent, en général, d'une autorité persuasive ; les cours de justice rendent souvent hommage à leur valeur scientifique et les suivent même quelquefois, mais elles ne sont pas reconnues comme obligatoires. Lord Esher à la Cour d'Appel déclare à propos des décisions de la judicial committee on appeal from colonies : « Through those decisions are not authorities which bind us we are always glad to follow them (2).

(1) Polloch first book of jurisprudence, p. 321.

(2) Cité par Pollock, p. 321.

IV° *Observation*. — Enfin la force du précédent n'est pas reconnue à toutes les sentences judiciaires, mais seulement à celles des cours supérieures. Les sentences des cours inférieures telles que les cours de comté par exemple ne jouissent pas de ce privilège (1).

A la lumière de ces explications, nous allons maintenant commenter une à une les différentes règles qui régissent le précédent judiciaire en Angleterre.

Ces règles sont au nombre de quatre.

1° Chaque tribunal est lié par les décisions de la cour qui lui est supérieure. Ainsi les divisions de la haute cour sont liées par les décisions de la cour d'appel et la cour d'appel est liée par les décisions de la Chambre des lords. L'autorité du précédent dans ces cas est absolue. Au contraire, les décisions d'une cour inférieure n'ont devant la cour qui lui est supérieure — les décisions de la cour d'appel, par exemple, devant la chambre des lords — qu'une autorité conditionnelle.

2° La chambre des lords est liée par ses décisions. Une fois qu'elle a rendu une sentence, elle ne peut plus y revenir. La loi judiciaire est fixée définitivement pour l'avenir. Malgré l'erreur que la sentence peut contenir, malgré l'incohérence qui puisse exister entre les diverses sentences — on ne peut pas soutenir que la chambre des lords est infaillible — la chambre des lords ne dispose, d'après cette règle, d'aucun moyen de réparer le mal ; il faut recourir au législateur pour y intervenir. Il faut, disent les partisans de cette règle, qu'il y ait une cour finale et que les affaires ne peuvent être remises

(1) Lévy-Ullmann : cours de doctorat, 26-27 conférence 39.

éternellement en question. Argument qui ne peut pas contrebalancer les inconvénients de la règle.

Cette règle n'est d'ailleurs pas très ancienne. Encore en 1810 (1) et en 1827 (2) l'opinion dominante semble être que la chambre des lords pouvait se départir d'une décision antérieure si les circonstances le demandaient. En 1852 (3) Lord St-Léonards soutenait encore que la chambre des lords n'était pas liée par aucun principe contenu dans une précédente décision contrairement à Lord Campbell qui soutenait que la chambre était liée par ses décisions antérieures. « Because, dit-il, according to the impression upon my mind, a decision of this high court, in point of law, is conclusive upon the house itself, as well as upon all inferior tribunals ».

C'est l'opinion de Lord Campbell qui trompait définitivement en 1861 dans la fameuse affaire *Beanish v. Beanish* concernant la nécessité de la présence d'un prêtre pour la validité du mariage. Dans ce « case » le principe a été pour la première fois établi. La chambre des lords se considère désormais liée par ses décisions antérieures. Dernièrement encore en 1898, ce principe a été affirmé sans équivoque dans une affaire bien connue : *London streets tramway Co v. coutry council* (4). Il y est déclaré que « toute décision de la part de la chambre, une fois rendue, sur un point de droit est pour

(1) *Perry V. Whithead*, 6 Ves, p. 547-48.

(2) *Fletcher V. Soudes*, 1 Bli. N. S. p. 249.

(3) *Right V. Hutton*, 3 H L. C., p. 388.

(4) *Law reports*, p. 375 à 389, cité par Lévy-Ullmann, cours de doctorat, 1926-1927.

la suite conclusive, vis-à-vis de cette chambre et il est impossible de relever à nouveau la question comme si elle pouvait être rediscutée ».

3° La cour d'appel est liée par ses propres décisions et elle se considère également liée — mais dans une certaine mesure seulement — par les décisions de certaines cours anciennes qu'elle considère comme ayant été du même degré qu'elle, par exemple, les décisions de l'ancienne cour de la chambre de l'Echiquier (1).

4° Les décisions de diverses divisions de la haute cour n'ont sur elles-mêmes qu'une autorité conditionnelle telle que nous l'avons expliqué plus haut.

SECTION IV

I

LE JUGE ET LE STATUTE LAW

« Le contrôle qu'exerce le juge sur l'enacted law »

L'Angleterre, contrairement à la France et aux Etats-Unis d'Amérique, ne connaît aucune différence de nature entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires.

Elle ne connaît pas non plus le contrôle de l'inconstitutionnalité des lois, si bien connue aux Etats-Unis. Les juges américains jouissent sur ce rapport d'un pouvoir considérable dont sont dépourvus leurs confrères anglais (2). Les cours de justice américaines, exercent leur

(1) Pallock first book of jurisprudence, p. 308.

(2) M. Lambert montre très clairement dans son ouvrage intitulé ;

contrôle non seulement, sur la compétence législative du législateur ordinaire, c'est-à-dire son aptitude à régler certaines matières qui lui sont plus ou moins interdites par les textes mêmes de la constitution, mais aussi les tendances législatives de celui-ci qui peuvent être contraires à l'esprit de la constitution et à ses tendances.

Mais si l'Angleterre ignore ce contrôle de l'inconstitutionnalité des lois, elle a connu d'autres théories qui avaient pour but, aux 16^e et 17^e siècles, d'imposer une certaine restriction à la souveraineté absolue du parlement et par là même à l'autorité du « statute law ». Ces théories s'accordaient à reconnaître l'existence de quelques principes généraux supérieurs au statute law et auxquels le législateur devait se conformer en légiférant.

St-Germain, le grand théologien anglais appelle ces principes fondamentaux « les lois de Dieu: law of god ».

« Si quelques coutumes générales, écrit-il, ou quelques statuts ont été faits directement contre la loi de Dieu « law of god » comme s'il était ordonné qu'aucune aumône ne serait donnée sans aucune nécessité, cette coutume ou ce statut serait nul » (1).

Coke reconnaît, de son côté, à la « *Common right and reason* » (le droit commun et la raison) la supériorité sur le statute law. Dans *Bonham's case* (2), il déclare que la common law exerce un contrôle sur le statute law et que, si ce dernier est contraire au « *common right and*

« *Le gouvernement des juges aux Etats-Unis d'Amérique* » l'étendue de ce pouvoir et le danger qui peut en résulter.

(1) Ch. IV, cité par Allen, p. 253.

(2) (1610), 8 rep. 114-118.

reason » répugnant ou impossible à appliquer, il serait déclaré nul.

Ces théories, si elles ont prévalu aux 16^e et 17^e siècles n'ont jamais été suivies en pratique. On ne peut pas citer un seul exemple d'un jugement qui a déclaré nul un statut, comme étant contraire aux lois de Dieu ou à la raison ou même comme étant absurde dans son sens (1).

Même en théorie, ces doctrines ont cédé la place à la doctrine moderne qui reconnaît au « King in parliament » « le roi dans son parlement » une souveraineté absolue et illimitée à laquelle est due complète obéissance.

Blackstone, après avoir déclaré les lois naturelles obligatoires et que toute loi humaine serait nulle si elle était contraire à ces principes (2), est revenu après sur ses paroles et a déclaré dans la place consacrée aux institutions anglaises que « ce que le parlement a fait, aucune autorité au monde ne peut le défaire », se ralliant ainsi à la théorie moderne.

Les juges anglais n'ont aucun pouvoir pour discuter la validité d'un statut ; ils ne peuvent pas refuser son application sous aucun prétexte. Un acte de parlement, même obtenu par fraude, s'impose aux juges avec la même autorité jusqu'à ce qu'il soit répudié par le parlement lui-même. Les juges sont les serviteurs du législateur ; tant qu'un acte du parlement existe, ils lui doivent obéissance. Cette doctrine a été déclarée dernièrement en des termes très nets par le juge Willes dans un

(1) Allen, p. 256 ; Pollock, 7 B., p. 253.

(2) Commentaires 1, p. 41.

jugement, *Lee v. Bude and Torrington* (1). Le juge Willes combattait, dans le fond même, la théorie ancienne, en refusant d'accepter le seul exemple qui lui servait d'illustration : le fameux exemple d'un acte du parlement rendant une personne juge dans sa propre affaire ; même dans ce cas, déclare-t-il, le juge n'aurait pas le droit de déclarer nul un tel acte.

Le juge n'est cependant pas dépourvu de tout pouvoir en ce qui concerne le statute law ; il jouit d'un pouvoir qu'il exerce dans un autre champ, celui de la construction ou l'interprétation des statuts. Les statuts anciens et ceux mêmes les plus récents ont le renom d'être défectueux et mal rédigés. Ils sont parfois absurdes et dépourvus de tout sens légitime. Le devoir du juge est toujours d'appliquer ces statuts — (il ne peut pas refuser cet application) ; — on peut donc s'imaginer combien est difficile la tâche incombant au juge ; mais, en revanche, son pouvoir n'est pas moindre. Il peut, en effet, corriger au besoin, la défectuosité des statuts ; en leur donnant le sens qu'il juge en harmonie avec l'esprit général du droit, esprit auquel le législateur est présumé avoir voulu se conformer ; il peut ajouter le mot qu'il manque au texte du statut et sans lequel celui-ci n'aurait aucun sens, il peut négliger des mots dont l'existence n'est pas nécessaire pour le sens général du statut. Enfin, il manie les statuts contradictoires pour donner le pas à l'un sur l'autre ou pour les interpréter ensemble, suivant le besoin ; nous verrons plus loin, en parlant à sa place

(1) 1871, L. R., 6 C. P., at p. 582.

de la construction des statuts, l'étendue exacte de ce pouvoir.

D'un autre côté, il existe les principes généraux de la common law et les règles du droit international auxquels le législateur est présumé avoir voulu se conformer en édictant les statuts. Le législateur peut certes, légiférer contrairement à ces règles et s'il le fait, le juge n'aura qu'à s'incliner, mais tant que cette volonté n'est pas clairement montrée, le juge aura le devoir en interprétant les statuts, de conformer leur sens aux principes de la common law et du droit international. Il exercera ainsi sur les statuts un contrôle d'une certaine importance.

Les règles de la common law, en Angleterre, sont considérées comme les plus fondamentales et les plus générales. Le législateur est présumé connaître le droit existant et de vouloir, en général, se conformer à ces principes. Par conséquent, la meilleure interprétation des statuts est celle qui s'harmonise le mieux avec cette loi fondamentale qui est la common law. Tant que le législateur n'a pas exprimé une volonté contraire, il est présumé se conformer aux principes du droit existant. Ainsi, pour ne donner qu'un seul exemple, le statut de 1873 (1) qui considérait comme complice, soumis à la même peine que l'auteur principal, celui qui before or after the fact — avant ou après le fait — conseille ou aide.... l'auteur à commettre le crime, a été jugé contraire à la loi existante — le législateur ne voulant pas

(1) Extradition, amendement act, 36 et 37, Vict. c. 60.

s'en départir — et le comité judiciaire a réservé dans tel cas, aux juges, une liberté entière d'interprétation (1).

En ce qui concerne le droit international, la solution est pareille. Le juge, dans l'interprétation des statuts, doit, à défaut d'une volonté contraire du législateur, conformer les textes de statut aux principes de ce droit. Nous donnons ici un exemple célèbre où les juges ont restreint le sens du statut pour conserver l'accord avec les principes du droit international. L'acte de 1807 et 1811 (2) interdisant la traite des noirs (slave-trade), a été édicté en des termes très généraux qui auraient laissé impunis les citoyens anglais qui auraient voulu empêcher d'exercer ce commerce, les sujets d'un pays qui le permet légalement. Mais un statut ainsi compris aurait constitué une violation des règles les plus élémentaires du droit international. Aussi la cour du banc du roi dans un case *Madrazo v. Willes* (3) a restreint le sens de ce statut pour le conformer à ces dites règles ; un Espagnol a pu, par conséquent, obtenir des dommages-intérêts devant les cours de justice anglaise pour intervention contre son commerce effectué à Havana (4).

Tout ce qui précède concerne seulement les statuts qui émanent du parlement — le pouvoir législatif suprême en Angleterre — mais à côté de ces statuts, il existe beaucoup d'autres qui émanent des autres pou-

(1) Allen, p. 258.

(2) 47 Géo. III c. 36.51, Géo. III c. 23.

(3) 1820, 3 B. et Ald. 353.

(4) Cf. *Forbes v. Cochrane* (1824) 2 b. et c. 448 ; *Santos v. Illidge*, (1860), 8 C. B. N. S. 861,

voirs subordonnés au parlement. Cette branche de législation qu'on appelle « subordinate legislation », législation subordonnée a aujourd'hui, en Angleterre, une importance considérable et un domaine d'application fort étendu. Le parlement consacrant la meilleure partie de son temps à la politique générale du pays et n'ayant pas la compétence suffisante pour réglementer en détail les rapports compliqués des individus, délègue de plus en plus son pouvoir de législation à des autorités subordonnées, mieux compétentes dans les matières d'intérêt local ou qui demandent quelque compétence technique (1).

Cette législation subordonnée comprend cinq branches différentes (2) :

1° La législation coloniale — colonial legislation — laissée au gouvernement des colonies sous le contrôle suprême du parlement ; 2° la législation exécutive — executive legislation — faite par le pouvoir exécutif pour réglementer en détail les conditions d'exécution des lois générales du parlement ; cette branche correspond aux règlements d'administration publique en France.

3° Législation judiciaire — judicial legislation — : le parlement délègue aux cours suprêmes de justice le pouvoir de légiférer en matière de procédure (3).

(1) Allen, 295.

(2) Salmond, 116.

(3) Il ne faut pas confondre cette législation avec le judiciary law, dont nous avons parlé et qui est le résultat non d'un pouvoir délégué de légiférer, mais du fonctionnement normal de la mission du juge.

4° Législation municipale — municipal legislation, —

Les autorités municipales sont autorisées à légiférer pour leurs départements respectifs, dans certaines matières d'intérêt local. L'importance qu'a pris aujourd'hui le local government rend considérable le nombre de ces lois.

5° Législation autonome — autonomic legislation. —

On appelle ainsi les règlements faits avec des autorités non gouvernementales, qui ne détiennent dans leurs mains aucun pouvoir public, telle qu'une compagnie de chemins de fer ou une Université, dans le règlement de leurs propres affaires.

La législation subordonnée est soumise au contrôle du parlement, qui peut, à son gré, la maintenir, l'amender ou l'annuler. Il n'entre pas dans notre dessein de décrire ce pouvoir du parlement et les divers moyens par lesquels il se manifeste ; nous nous occupons seulement du pouvoir du contrôle qui appartient aux cours de justice sur cette législation subordonnée.

Nous avons vu qu'en ce qui concerne les actes du parlement, les tribunaux n'ont aucun droit de leur refuser l'application ou de les déclarer nuls, sous aucun prétexte. Ici, en ce qui concerne la législation subordonnée, le pouvoir des cours de justice est tout autre. Cette législation, en effet, tient son autorité de l'acte du parlement qui l'a autorisée. Aussi ces législateurs délégués doivent-ils conformer leur législation aux termes du statut sous l'autorité duquel ils légifèrent.

Les tribunaux doivent examiner indépendamment

cette législation subordonnée et s'ils trouvent qu'elle ne réunit pas les conditions exigées par l'acte du parlement qui l'a autorisée, ils auront le droit de la déclarer nulle et inapplicable (1). De plus cette législation serait aussi déclarée nulle par les tribunaux, s'ils étaient contraires à la common law, au statute law ou à la raison (unreasonable (2)).

On voit par là combien grand est le pouvoir du juge en ce qui concerne la législation subordonnée. Tout dépend de l'interprétation qu'il donne au statut qui a autorisé le by-law, et celle de ce dernier. Nous donnons ci-dessous deux exemples pour montrer la portée exacte des principes que nous venons d'exposer :

Un acte du parlement ayant autorisé une compagnie de navigation à émettre des règlements pour assurer le service de navigation et pour gouverner les matelots et les porteurs de marchandises sur les bateaux, la dite compagnie a émis un règlement par lequel elle clôt la navigation tous les dimanches et interdit l'emploi d'aucun bateau dans ces jours, sauf pour aller à l'église. Les tribunaux ont déclaré nul ce règlement comme n'étant pas autorisé par l'acte principal du parlement (3).

Voici un autre exemple :

Un acte de fondation d'une école avait autorisé les gou-

(1) Allen, 313.

(2) Allen, p. 315; Maxwell, p. 481.

(3) Calder and Hebble nav. Co v. Pilling, 14 L. J. Ex. 223; cité par Maxwell, p. 483.

verneurs à révoquer le maître de l'école à leur discrétion et aussi à faire des règlements. Les gouverneurs, usant du pouvoir qui leur a été accordé, ont émis un règlement, déclarant que le maître ne peut être révoqué que pour une cause suffisante constatée par un écrit signé par les gouverneurs et déclarée par eux suffisante. Les tribunaux ont déclaré ce règlement nul ; le pouvoir accordé par l'acte de fondation, d'émettre des règlements ne comporte pas la faculté, aux gouverneurs, de limiter ce pouvoir (1).

II

L'INTERPRÉTATION DU « STATUTE LAW »

Les diverses lois qu'édicte le législateur, ne constituent à la vérité que de simples règles de conduite dénuées de toute vie particulière. Ce sont les cours de justice en interprétant ces lois, en les appliquant aux cas concrets, qui leur confère la force de vivre en faisant ressortir leur valeur juridique ou en s'efforçant de leur donner un sens auquel le législateur n'a peut-être pas pensé en les élaborant.

Combien de lois seraient vouées à la mort au jour même de leur naissance sans le secours indispensable des cours de justice.

(1) Dean V. Bennett 40 L. J. Ch. 425 ; Chilton V. Lond and Croydon Ry Co 16 L. J. Ex. 89 ; Williams V. G. W. Ry Co 10 Ex. 16 ; cité par Maxwell, p. 484.

Le procédé d'élaboration des « statuts » anglais est marqué par des traits peu favorables à leur clarté et à leur harmonie. La discussion parlementaire qui précède le vote de chaque loi, les amendements que proposent les membres du parlement qui sont en général en contradiction avec l'esprit de la loi, ne servent qu'à compliquer le sens des statuts et à rendre leur application plus difficile. Les protestations des juges contre la défectuosité de ces statuts continuent jusqu'à nos jours (1).

Telle est en un mot l'importance de l'interprétation, vraie force animatrice des statuts. Aussi devons-nous consacrer une section spéciale à l'étude de cette question en droit anglais, d'autant plus que la « construction » en droit anglais nous offre sur plus d'un point des traits caractéristiques particuliers et fort intéressants.

Le principe fondamental de la construction ou de l'interprétation de « statute law » anglais, auquel toutes les autres règles sont secondaires, peut se résumer dans cette expression sommaire « l'intention du législateur ». Chercher l'intention du législateur est le seul but de l'interprète anglais, toutes les autres règles ne sont que

(1) « I do not pretend, says, lord Buckmaster, that the opinion I hold rests on any firm logical foundation. Logic is out of place in these questions, and the embarrassment that I feel is increased with the knowledge that my views are not shared by other members of the house, but this fact is not surprising. It is not easy to penetrate the tangled confusion of these acts of parliament and though we have entered the labyrinth together we have, unfortunately, found exit by different paths » (G. W. Ry Co V. Batter (1922) 2 A. C. I, II).

des instruments, des moyens mis au service de l'interprète dans sa recherche de cette intention (1).

Si nous laissons de côté maintenant cette règle principale qui domine toute la matière de l'interprétation et si nous abordons le fond même du sujet, nous nous trouvons tout de suite devant une autre règle principale particulière au droit anglais : celle de l'interprétation littérale ou grammaticale du texte des statuts. L'intention du législateur se manifeste dans les textes mêmes du statut. Le législateur est présumé, en général, avoir dit « ce qu'il a voulu et avoir voulu ce qu'il a dit » (...that the legislature has said what it meant and meant what it has said) (2). Les juges tant que les termes du statut sont clairs n'ont qu'à les appliquer sans s'occuper de ce qu'ils n'expriment pas la vraie intention du législateur. Ce qui exprime les textes doit être considéré comme l'intention du législateur sans aller outre. C'est seulement quand les termes mêmes du statut sont ambigus, contradictoires ou incomplets que le juge aura la liberté d'aller chercher l'intention du législateur en dehors du sens normal et grammatical du texte ; il aura recours dans ces cas à de multiples procédés que nous expliquerons plus loin. Telle est la « règle d'or » de la construction anglaise sanctionnée par un grand nombre de jugements et reproduites par tous les auteurs de droit sur cette matière (3).

(1) Maxwell : *On the interpretation of Statutes*, 5^e édition by Stroud 1912. Introduction p. 1.

(2) Salmond, pp. 126 et suivantes.

(3) Maxwell, introd. p. 4 ; Allen, p. 278 ; Lord Wenleydale Grey

Je trouve une manifestation très claire de cette règle dans le dicta du juge Tindal dans *Surrey Peerage case* (1) que voici :

« The only rule for the construction of acts of parliament is that they should be construed according to the intent of the parliament which passed them. If the words of the statute are in themselves precise and unambiguous, then no more can be necessary than to expound these words in their natural and ordinary sense. The words themselves alone do in such case best declare the intention of the lawgiver ».

« La seule règle de construction des actes du parlement est qu'ils doivent être interprétés d'après l'intention du parlement qui les a faits. Si les termes du statut sont précis et clairs il n'y aurait qu'à les exposer dans leur sens naturel et ordinaire. Les mots par eux-mêmes, dans ce cas, expriment mieux l'intention du législateur ». De là l'importance extraordinaire qu'accordent les tribunaux et les statuts à la signification littérale des différents mots qu'emploie le législateur. Huit actes de parlement consolidés définitivement dans l'« *interpretation act* » de 1899 donnent les significations des termes importants qui se produisent souvent dans les différents statuts, chose qui étonne à juste titre l'esprit français. Ces actes n'ont cependant pas empêché la discussion dans les tri-

V. Pearson, 6 H. L. cas. 106; 26 L. J. Ch. 481; M, justice Burton in *Warburton V. Loveland* (Huds et Bro, 648); Lord Ellenborough in *Doe V. Jessep* « 12 East 293 »; by Jervis C. J. in *Mattison V. Hart* (23 L. J. C. P. 114; 14 C. B. 385).

(1) 1844, II, C. L. et F. 85, 143.

bunaux autour de la signification à donner aux différents mots employés dans les statuts — les explications données par « l'interprétation act » étant générales et très limitées — et nombreux sont les statuts qui ont donné lieu à un grand nombre de jugements concernant des interprétations littérales des mots qui s'y trouvent. Le « statute of Frauds » reste toujours un exemple frappant de cet état de choses. Des centaines de jugements et peut-être des milliers ont été provoqués par l'interprétation de cette seule phrase dans le statut « an accident arising out of, and in the course of his employment (1).

Les termes du statut s'ils sont clairs et ne comportent qu'une seule signification resteraient toujours la manifestation indiscutable de l'intention du législateur. Le juge n'a aucun pouvoir de chercher ailleurs que dans le sens normal des mots employés l'intention du législateur. Même s'il était sûr que les termes employés n'expriment par son intention exacte, il resterait néanmoins impuissant devant l'empire des mots du législateur (2).

« Je n'ai pas de doute, dit Lord Campbell, sur ce qu'était l'intention du législateur, mais cette intention n'a pas été manifestée par les termes employés... Il est de beaucoup préférable de nous tenir aux termes du statut que d'essayer de le conformer à l'intention présumée (3).

(1) Allen, p. 277.

(2) Gwynne V. Burnell 51 R. R. 43; Allkins V. jupe 2 C. P. D. 375; Palmer V. Thatcher 3. Q. B. D. 353; Per Mathew j. Rothchild V. Intl. Rev. (1894) 2 Q. B. 145; Per Pollock C. B. Rodrigues V. Melkuish 10 Ex. 116.

(3) Coe V. Lawrence, 22 L.J. Q. B. 140.

Pour montrer plus clairement la portée de cette règle, nous donnons l'exemple suivant :

Un acte du parlement ayant interdit la chasse aux gibiers à toute personne qui ne possède pas de terrain d'une certaine valeur, a excepté de cette prohibition l'héritier apparent d'un « esquire » ou d'une autre personne d'un rang plus élevé. En appliquant ce statut les tribunaux ont compris les « esquires » ne possédant pas le fond requis dans le nombre des personnes auxquelles la chasse est interdite se conformant à la lettre du statut, sans s'occuper de l'étrangeté de la solution à laquelle elle les conduit ; les tribunaux permettent ainsi aux héritiers apparents des « esquires » et non aux « esquires » eux-mêmes de profiter de l'exception indiquée par le statut (1). Il est plutôt rare dans l'état d'élasticité et d'ambiguïté constante de la langue, qu'une expression ait une seule et claire signification. Chaque expression et chaque mot possède en général un pouvoir inné de démontrer plusieurs significations variant suivant les circonstances et suivant l'usage qu'on en fait. Aussi faut-il pour dégager l'intention exacte d'un auteur avoir toujours devant les yeux ces diverses circonstances à propos desquelles il a choisi ces mots. Les tribunaux anglais n'ont pas ignoré ces caractéristiques inhérentes à toute langue ; pour donner aux mots du législateur le sens exact qu'il a voulu faire exprimer, ils font appel à d'autres règles élémentaires de l'interprétation. Ces procédés élémentaires d'interprétation sont si simples et si familiers à toute

(1) Jones V. Smart, I. T. R. 44.

personne ayant une connaissance juridique qu'on pourrait sans nuire à l'intelligence de cette section les omettre. Je tiens cependant à exposer ici ces procédés pour écarter une erreur qui pourrait se produire si nous laissons seule cette « règle d'or » que nous avons indiquée (1) On pourrait comprendre de ce que nous avons dit sur l'interprétation grammaticale que les tribunaux anglais, ne s'occupent dans leur interprétation du statut, que du sens grammatical des mots isolés, ce qui serait tout-à-fait inexact. Il serait donc suffisant pour atteindre notre but d'indiquer, ci-dessous, ces règles l'une après l'autre.

The Context : l'ensemble des textes :

Une règle élémentaire du droit anglais veut que l'interprète du « statute law » tienne compte dans son travail de l'ensemble des textes contenus dans l'acte, d'interpréter les différentes expressions à la lumière que donne l'une à l'autre (2). *Incivile est nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere* (3). La vraie signification d'une expression est celle qui s'harmonise avec le sujet et les autres expressions du statut. Si, par exemple, une section d'un

(1) Voir l'article du Professeur Gutteridge sur l'interprétation et l'application de la législation du travail en Angleterre dans la Revue internationale du travail, août 1924; voir aussi l'article de M. Lambert dans le numéro de juillet 1926 de la même revue, p. 25 et suiv.

(2) *Lincoln College case*, 3 Rep. 59 b; per Lord Balcbburu, *Turquand v. Board of trade*, 55 L. J. Q. B. 417.

(3) Maxwell, 47.

statut requiert qu'une preuve « notice » soit donnée sans mentionner la catégorie des preuves requises on pourrait satisfaire à cette réquisition en donnant une preuve testimoniale. Mais si dans une autre section il est dit que cette preuve peut être laissée avec une personne ou déposée dans un endroit quelconque, il serait alors évident que la preuve demandée par la première section était une preuve écrite et non testimoniale (1).

Les actes antérieurs et les actes postérieurs à celui interprété.

Dans l'interprétation d'un statut on peut avoir recours à un autre statut antérieur sur la même matière, *in pari materia*, pour donner, à la lumière de l'interprétation du statut antérieur, le sens exact des expressions employées dans le statut actuel. Lord Mansfield expose cette règle dans les termes suivants : « Quand il y a plusieurs statuts *in pari materia*, quoique faits dans différentes époques ou mêmes abrogés, ils seraient interprétés dans leur ensemble et considérés comme s'expliquant les uns les autres (2). Un by-law, par exemple, qui autorise l'élection de « toute personne », « any person », pour être « Chamberlain » de la cité de Londres serait inter-

(1) 43 et 44 Vict. C. 42; 2 W and M. C. 5; Moyle V. Jenkins, 51 L. J. Q. B. 112; Wilson V. Nightingale 70 R. R. 727; Workmen's compensation act 1906. Hughes V. Coed Talon Colliery Co 78 L. J. K. B. 539.

(2) R. V. Loxdale, 1 Burr 447; Goldsmith's Co v. Wyatt 76 L. J. K. B. 169.

prété de façon à s'harmoniser avec les termes du statut antérieur qui restreint cette fonction aux seules personnes réunissant certaines conditions spéciales. L'expression « toute personne », any person » qu'emploie le premier statut désignerait donc les personnes éligibles seulement (1)

D'un autre côté le statut postérieur peut fournir un guide appréciable pour l'interprétation d'un statut antérieur (Maxwell, page 57).

Le titre et le préambule du statut.

Le titre du statut a été pendant longtemps regardé comme ne constituant pas une partie intrinsèque du statut, n'apportant par conséquent, aucune lumière sur sa construction (2). Aujourd'hui, au contraire, le titre constitue une partie importante de l'acte et peut fournir à l'interprète un moyen utile de préciser l'objet général du statut (3).

Le préambule sert toujours au début du statut à indiquer en termes généraux l'objet de l'acte et l'intention suivie par le législateur en l'édicant ; par conséquent, il constitue un moyen appréciable de déterminer, en cas de doute et d'ambiguïté, le sens exact et le domaine d'application du statut. Mais en dehors du cas de doute ou d'ambiguïté des textes mêmes du statut, le préambule ne

(1) Tobacco Pipe Makers V. Woodroffe, 7 B. and C. 838.

(2) Hunter V. Nockolds, 84 R. R. 217; Salheld V. Johnston, 84 R. R. 255.

(3) Maxwell, p. 67.

saurait ni restreindre ni élargir la portée du statut. La portée des termes mêmes du statut l'emporte en cas de divergence — cas qui n'est pas rare — sur celle du préambule, tant que les termes du statut sont clairs et ne comportent pas de doute (1).

L'objet du statut — « the subject matter » —

Comme nous l'avons dit plus haut, les différents mots portent en général plusieurs significations qui varient suivant les circonstances. En matière d'interprétation, il ne s'agit pas de trouver purement et simplement le sens étymologique et grammatical des mots — on arriverait alors certainement à des résultats inattendus et souvent absurdes — mais de dégager l'intention du législateur. Pour trouver le sens exact et voulu par le législateur, il faudrait donner aux mots employés le sens qui convient le mieux à l'objet du statut et au *sujet* dont il est question dans ce statut. Le mot « provision », par exemple, employé dans l'acte d'Edward III qui interdisait aux ecclésiastiques d'acheter des « provisions » à Rome peut signifier grammaticalement : aliments ; mais vu l'objet du statut il paraît clair que ce n'est pas cette signification que le législateur a voulue. L'objet du statut est la répression des usurpations du Pape « to repress papal usurpations » ; le mot « provisions » veut donc dire ici « cadeaux et présents » qu'on appelait en Angleterre par le mot « provisions » (2). C'est surtout

(1) Maxwell, p. 74.

(2) Maxwell, p. 86.

dans le cas des mots à sens général que cette règle prend son essor naturel. Ces mots à sens général désignent souvent diverses acceptions qui ne sont nullement dans la pensée du législateur et qui sont en dehors de l'objet du statut. Pour leur donner le sens opportun, il faut les considérer avec la question spéciale traitée par le statut. Le mot habitant — « inhabitant » —, par exemple dans le cas où un droit de passage sur une propriété intermédiaire est accordé aux habitants d'une paroisse (parish) désigne toutes les personnes de la paroisse (1) ; employé dans le « statute of bridges » (2) qui impose aux habitants des villes ou des provinces la charge de maintenir les ponts qui s'y trouvent, ce mot désigne seulement les propriétaires, qu'ils soient des particuliers ou des personnes morales, sans comprendre les personnes non propriétaires qui habitent les villes, par exemple les domestiques. Si l'objet du statut était d'imposer une charge personnelle aux habitants à l'intérieur de la localité il ne comprendrait pas plus les personnes morales (corporate bodies) que les propriétaires non résidents (Maxwell 102).

Les circonstances extérieures — external circumstances.

Nous avons dit plus haut que l'interprète du « statute law » dans sa recherche du vrai sens des mots employés par le législateur, doit dégager du prime abord, l'objet du statut et ensuite se laisser guider dans son travail d'inter-

(1) R. V. Mashiter, 6 A and E 165,

(2) 22 Hen. VIII c. 5,

prétation par la lumière que celui-ci jette sur les différentes expressions employées. Mais pour dégager le but poursuivi par le statut, il est parfois indispensable de faire appel aux diverses circonstances, aux faits historiques qui ont accompagné l'élaboration du statut. Ces circonstances et faits historiques — qu'on cherche naturellement en dehors du statut — serviront purement et simplement à préciser le sens voulu par le législateur dans les cas où les mots sont susceptibles d'en avoir plusieurs. Ainsi d'après Lord Coke (1) dans l'interprétation d'un statut, il faut se demander 1° quelle a été la loi avant la promulgation de l'acte en question ; 2° quels sont les cas auxquels la loi n'a pas fourni une solution ; 3° quelle est la solution donnée par le parlement ; 4° et pour quelle raison il a choisi cette solution. Le juge Turner dans un autre case (2) déclare que le vrai sens d'un statut est celui qui correspond au but et objet de ce statut et que ce but peut être recherché dans des circonstances extérieures (*extraneous circumstances*). Ainsi l'acte 5, Geo IV c. 113 concernant l'abolition de la traite des noirs (*slave trade*) a été interprétée de façon à s'appliquer aux délits commis par des sujets britanniques, en dehors même des dominions anglaises dans la côte occidentale de l'Afrique (*West coast of Africa*) (3). Cette construction a été inspirée par le fait notoire que ce commerce était plus répandu sur cette partie du territoire africain.

(1) *Heydon's case*, 3 Rep. 7 b ; *Marshalsea case*, 10 Rep. 73 a.

(2) *Hawkins V. Gathercole*, 6, De G. M. and G., 20.

(3) *R. V. Zulueta* 1 Car. et K. 215.

Il faut remarquer, cependant, que l'Angleterre ne reconnaît à ce qu'on appelle en France « travaux préparatoires » et ce qu'on appelle en Angleterre « parliamentary history of an inactment » aucune influence sur l'interprétation à donner aux statuts (1). Il est interdit de citer des travaux préparatoires, d'aller rechercher dans les discours, dans les rapports présentés devant le parlement, l'intention du législateur. Ce principe particulier au système d'interprétation anglais a été exposé pour la première fois en France par M. le Professeur Lévy Ullmann à la Société de législation comparée et a suscité parmi ses lecteurs beaucoup d'étonnement. Les juristes anglais ont donné plusieurs raisons à cette règle; je me contente ici d'en donner une seule qui me paraît assez compréhensible et que j'emprunte à l'exposé de mon professeur M. Lévy Ullmann.

La loi en Angleterre, disent les juristes, tient à la fois de la collaboration de la Chambre des communes, de la Chambre des lords et de l'assentiment royal ; il y aurait abus à faire prévaloir l'opinion d'un seul membre, d'une seule chambre délibérante pour fixer le sens complet de la loi ; on donnerait un avantage à l'un des éléments constructeurs de la loi au détriment des autres.

Une application intéressante de cette règle se trouve dans l'exemple suivant : le Dower act de 1833 (2) a été appliqué par les tribunaux aux territoires de Gavelkind (gavelkind lands) malgré l'intention contraire de la com-

(1) Maxwell, p. 45.

(2) 3 et 4 Will IV C. 105 — Farley V. Bonham, 30 L. J. Ch. 239.

mission de « real property » qui a préparé l'acte, intention exprimée cependant clairement dans son rapport

« L'intention présumée du législateur ou la restriction de la force du statut ».

Jusqu'ici nous avons parlé des cas où l'intention du législateur était exprimée par la langue du statut ou soupçonnée derrière cette langue. Le juge n'avait pour dégager cette intention et pour trouver le sens exact du statut, qu'à consulter les textes mêmes du statut se guidant au besoin par les circonstances ou les faits historiques qui avaient accompagné son élaboration. Maintenant nous passons à un autre groupe des règles dites traditionnelles qui concernent directement l'intention du législateur. Cette intention est déjà connue ou présumée connue ; il s'agit de construire les textes de façon à les rendre conformes — faute d'une intention contraire du législateur — à cette intention présumée du législateur.

C'est l'intention présumée qui agit ici par l'intermédiaire du juge sur les textes pour les restreindre ou les étendre suivant le besoin de cette intention. Ces règles traditionnelles, nous les exposerons ci-dessous une à une comme nous avons fait dans la partie précédente.

1° Tout d'abord le législateur est présumé ne pas vouloir changer les principes fondamentaux du droit existant. Aussi faut-il pour qu'un tel changement se produise que cette volonté résulte clairement du texte. En dehors d'une intention précise pour le contraire, la loi res-

te intacte; il ne pourrait résulter d'expressions employées, si générales et si étendues soient-elles, aucun changement dans les principes fondamentaux du droit. Le sens de ces textes généraux serait au contraire restreint pour correspondre à cette intention présumée du législateur (1) Les exemples d'application de cette règle sont nombreux, mais nous nous contenterons ici d'en donner un seul, sa validité étant incontestée.

Le judicature act de 1873 Sect. 25, qui autorise la cour à accorder une injonction (injunction) dans tous les cas où elle juge juste et convenable (just and convenient) de la donner, a été restreint par les tribunaux pour s'appliquer seulement aux cas de violation d'un droit légal ou équitable (invasion of recognised legal or equitable rights) (2).

2° Les statuts doivent être interprétés en conformité avec les règles du droit international.

Nous avons déjà fait allusion à cette règle, mais nous entendons ici l'expliquer plus clairement à l'aide de quelques exemples pratiques.

L'autorité du parlement est absolue en Angleterre. Dès qu'il exprimera sa volonté, sans équivoque, les tribunaux n'auront plus qu'à obéir. Le parlement peut, par conséquent, par un statut, violer intentionnellement le

(1) « It is in the last degree improbable, écrit M. Maxwell (p. 132) that the legislature would overthrow fundamental principles, infringe rights, or depart from the general system of law, without expressing its intention with irresistible clearness ».

(2) *Beddow V. Beddow*, 9, Ch. D. 89; *Day V. Brownrigg*, 48 L. J. Ch. 173.

droit international et les tribunaux n'auront aucun pouvoir de corriger un tel statut qui peut encourir la responsabilité internationale de l'état. Mais de tels résultats sont plutôt rares ; dans la majorité des cas ce sont des statuts qui par leur expression générale, risquent de violer le droit international si on les interprète grammaticalement en leur donnant la signification la plus étendue. Dans ce cas, les tribunaux interviendront pour restreindre le statut et le conformer aux règles internationales. Par conséquent, aucun texte général d'un statut criminel ne serait applicable aux ambassadeurs, ministres plénipotentiaires et en général à tout le corps diplomatique accrédité auprès du roi d'Angleterre ; ces personnages étant exemptés d'après les règles du droit international, la juridiction criminelle du pays où ils sont accrédités.

D'après une règle reconnue par la plupart des systèmes juridiques du monde, la loi qui régit la propriété foncière est celle du pays où le fond se trouve. Par conséquent un statut qui réglemente en termes généraux le « real estate » d'un failli ou d'un aliéné ne saurait s'appliquer aux fonds se trouvant à l'étranger (1).

3° L'intention présumée du législateur est conforme à la justice, à la raison et à la probité (just, reasonable non absurd).

Toujours dans les mêmes cas, ces ambiguïtés où les mots employés sont susceptibles de deux ou plusieurs si-

(1) Selkrig V. Davis, 2 Rose, 311 ; Cockerell V. Dickens, 3 Moo P. C. 133 ; Vasill V. Worswick, 1 H. Bl. 665.

gnifications, les tribunaux donnent aux termes du statut le sens qui convient à la notion de la justice et de la raison et qui conduit à des résultats de bon sens (2), l'intention présumée du législateur étant de donner des tels résultats. D'un autre côté si les textes du statut conduisent à un résultat tout à fait absurde que le législateur, d'après les règles élémentaires du bon sens, n'aurait certainement pas voulu, les tribunaux auront le droit de corriger l'erreur pour éviter de tels résultats (3).

Si, par exemple le législateur a donné une référence inexacte ou a mis la conjonction « *ou* » (or) à la place de « *et* » (and), les tribunaux n'auront pas de peine à découvrir cette erreur de rédaction qui ne peut nullement traduire l'intention du législateur, présumée ne pas être absurde. L'acte I, Jack I^{er}, c. 15, a donné comme acte de faillite le cas d'un commerçant qui s'absente de sa maison « *ou* » (or) qui dévie par son absence la demande de ses créanciers. Si on donnait le sens strict à ce texte le résultat serait qu'un commerçant qui s'absente même pendant une heure serait déclaré en faillite si l'un de ses créanciers se présentait pendant ce temps et n'était pas satisfait. Un tel résultat serait tout à fait absurde ; aussi, les tribunaux jugeant qu'une telle intention ne saurait être attribuée au législateur, ont considéré la conjonction « *ou* » — « *or* », qui est dans le texte, comme étant « *et* » — « *and* ». Ils sont arrivés par conséquent à cette interprétation rationnelle et juste que le commerçant ne serait

(2) Maxwell, p. 309 et 325.

(3) Salmond, p. 126 et suivantes.

dans le cas de faillite que s'il avait quitté son domicile avec le dessein de retarder ou de se dérober aux demandes de ses créanciers (1).

Inconsistency and incompleteness

Tout ce qui précède ne concerne que l'interprétation des termes ambigus, c'est-à-dire susceptibles de deux ou plusieurs sens. Il nous reste maintenant pour avoir un aperçu complet des règles fondamentales du système de construction anglaise à étudier deux défauts qui peuvent entacher les textes d'un statut ; nous voulons parler de la *contradiction* entre les termes d'un statut ou entre les différents statuts et de son « *incompleteness* ». En ce qui concerne l'omission d'un mot ou « l'incompleteness » en général d'un statut, les tribunaux ajoutent souvent le terme ou le mot qui manque pour compléter le sens du statut. Il faut naturellement pour cela que le statut soit dans son état présent dépourvu de tout sens et que l'omission soit apparente et évidente.

L'acte 1 et 2 Vctor c. 110 avait édicté qu'un prisonnier insolvable pourrait être libéré à la suite d'une pétition qui émane de lui-même ou de l'un de ses créanciers, mais l'acte 10 et 11 Vct, c. 102 réfère seulement au cas d'une pétition émanant d'un créancier laissant sans mention celui d'une pétition émanant du prisonnier lui-même.

La cour du banc de la Reine, dans son interprétation

(1) Cité par Maxwell, p. 386 ; Fowler V. Padget, 4 R. R. 511 ; Va. R. V. Mortlake 6, East, 397.

de ce statut l'a étendu pour comprendre l'autre cas (pétition du prisonnier) qu'il a omis (1).

Le « *Fine and recoveries act* de 1833 (3 and 4 Will IV c. 74) portait ceci : Si le « *protector of a settlement* » était 1° un aliéné ; 2° un convaincu d'un crime, ou 3° un enfant de premier âge (infant), la cour du chancelier serait le protecteur (*protector*) à la place de l'aliéné ou de l'enfant. Omettant ainsi le cas de conviction de crime ; les tribunaux ont soutenu qu'on devait suppléer à une telle omission (2).

Quant à la contradiction (*repugnance or inconsistency*) elle peut exister, ou entre les différents termes d'un même statut, ou entre les différents statuts pris dans leur ensemble.

En ce qui concerne la contradiction entre les différentes parties d'un même statut, les tribunaux donnent en général effet aux dernières expressions du statut en négligeant les premières. On ne peut pas soutenir que le législateur entende arriver à des résultats contradictoires ; les dernières expressions doivent donc être considérées comme exprimant sa dernière volonté et doivent l'emporter (3). Lord Coke a fait, il est vrai, une exception à cette règle en ce qui concerne ce qu'on appelle en Angleterre « *a saving clause* » ; (c'est une clause avec

(1) R. V. Dowling, 8, E. and B. 605, nom. Exp. Greenwood, 27, L. J. Q. B. 28.

(2) Re Wainewright, 1 Phil. 258 ; see also in Deeds, *Spyve V. Topham*, 6 R. R. 559 ; *Dent V. Clayton*, 33 L. J. Ch. 503 ; *Wilson V. Wilson*, 5 H. L. Cas. 40.

(3) Maxwell, p. 254.

laquelle on fait une exception à la règle, qui paralyse en réalité l'effet de cette règle, par exemple, un acte donne à une personne tous les droits de A, avec réserve de ne pas atteindre aux droits de A) ; il soutenait que dans un tel cas la clause resterait sans effet malgré qu'elle soit venue après le texte principal.

Cette opinion de Coke, si elle est soutenable dans les cas de transfert des propriétés (conveyances) resterait dénuée de toute base solide dans tout autre cas (3).

La même règle s'applique dans les cas des différents statuts qui ont une portée contradictoire et inconciliable. Le dernier statut exprime la dernière volonté du législateur et le premier serait alors abrogé implicitement. *Leges posteriores priores contrarias abrogant*. Ubi duce contrarie leges sunt, semper antiquæ abrogat nova. Cette abrogation implicite n'est cependant pas en faveur; les tribunaux doivent tout d'abord essayer par tous les moyens de concilier les statuts et ne les considèrent comme abrogés implicitement que dans les cas où cette considération est inévitable (unless it be inevitable).

SECTION V

EXAMEN CRITIQUE DU « JUDICIARY LAW »

Il n'est plus admis aujourd'hui, en ce qui concerne l'Angleterre, de douter du caractère obligatoire des décisions des tribunaux. Les décisions judiciaires anglaises revêtent indiscutablement (sous les réserves précitées

(3) Maxwell, p. 256.

concernant le *ratio decidendi*) le caractère du droit ; il n'y a aucune différence sur ce rapport entre le « *statute law* » et le « *judiciare law* » en Angleterre. Les opinions des auteurs sur ce point sont presque unanimes. (Bentham refuse le caractère de droit à cette branche de législation).

D'où émane cette force obligatoire qui appartient aux décisions judiciaires ? Austin nous répond en déclarant que cette force émane du législateur lui-même, seul détenteur de la souveraineté suprême, de son consentement tacite. (1). Cette question est à la vérité celle de la force obligatoire du précédent et nous en avons déjà donné la solution.

L'importance de la législation judiciaire, malgré l'activité du législateur moderne et l'accroissement qui s'en est suivi des « *statutes* », reste de nos jours très considérable ; son champ d'application, malgré quelques rétrécissements est encore très étendu. Les neuf-dixièmes au moins de la législation des contrats, et la totalité ou la presque totalité du droit relatif aux dommages ne peuvent être découverts dans aucun volume des « *statutes* ». De même, beaucoup d'actes du Parlement, tels que le « *Sale of goods act, 1893* », ou le « *Bills of Exchange act, 1882* », ne sont guère que la reproduction sous une forme législative, de règles établies à l'origine par les tribunaux (2).

L'influence de l'interprétation judiciaire sur les

(1) Lecture 38.

(2) Dicey : trad. française de M. Jèze, p. 341.

« statutes » est si considérable — nous l'avons déjà vu — que beaucoup d'actes du parlement, par exemple, « le statute of frauds », ne reçoivent leur signification réelle que de l'interprétation spéciale qui leur est donnée par les tribunaux.

Nous nous proposons dans cette section de faire ressortir les caractéristiques les plus importantes de cette législation, désignée par plusieurs auteurs comme la meilleure partie du droit anglais (1).

Nous les exposons sous les rubriques suivantes :

1° *La forme de la législation judiciaire.* — Une différence considérable sépare sur ce point, la législation judiciaire des statuts. Le législateur, dans les statuts procède en édictant des règles générales et abstraites applicables aux espèces qui peuvent se présenter dans l'avenir ; la lettre même du statut en constitue une partie et s'impose comme la manifestation formelle de l'intention du législateur. Le juge, lui, ne peut pas procéder ainsi ; s'il édicte des principes généraux, c'est seulement à l'occasion d'une espèce déterminée qui se présente devant son tribunal et pour trancher un litige déterminé. La *ratio decidendi* qu'il insère dans son discours ne revêtait pas la force obligatoire si elle n'était pas restreinte à la question en cause. La lettre même de cette *ratio decidendi* ne s'impose pas — contrairement à celle du statut —, son esprit seul s'impose. Pour extraire les principes du droit contenus dans les décisions judiciaires, on doit recourir à un procédé

(3) Dicey, p. 340.

d'induction et d'abstraction spécial ; le jugement étant rendu dans un cas concret, il se trouve toujours influencé par les circonstances particulières qui accompagnent ce cas particulier. Aussi doit-on éliminer toutes ces circonstances pour arriver aux principes abstraits qui constituent le droit applicable dans l'avenir.

Il résulte, d'autre part, de la limite imposée à la ratio decidendi, que le juge ne pourra émettre que des règles limitées dans leur application aux seuls cas analogues en *species* ; les règles de droit nécessaires aux différents besoins de la société ne seront par conséquent fournis que très lentement et par des jugements multiples. « In place of one comprehensive rule determining a genus of cases, there are many several et narrow rules severally et successively determining the various *species* which that genus includes » (1).

2° *L'autorité de la jurisprudence est créatrice mais non abrogative.* — Les tribunaux, s'ils peuvent énoncer dans les limites que nous venons de déterminer, des règles juridiques nouvelles, ils ne peuvent pas, une fois ces règles constatées, y apporter aucune modification. Les tribunaux supérieurs sont tenus — nous l'avons souvent répété — non seulement par les décisions des tribunaux au-dessus d'eux, mais aussi de leurs propres décisions. Le jugement, quand il est rendu, ne peut plus être modifié, le droit est établi définitivement. Seul le Parlement peut apporter dorénavant les modifications nécessaires. Le

(1) Austin : Lect. 39, p. 658,

résultat est que le pouvoir législatif des tribunaux s'épuise graduellement dans certains domaines. Là où l'activité des tribunaux est plus intense aujourd'hui, ne permettra demain aucune intervention à leur action législative. Un auteur a dit à ce propos que les tribunaux font des chaînes pour leurs propres pieds.

Par exemple, le pouvoir qu'ils ont de réaliser des réformes en ce qui concerne les droits de propriété des femmes mariées avait, tout au commencement du 19^e siècle presque atteint ses dernières limites. Avant 1870, ce pouvoir était épuisé (1). Cela ne veut pas dire cependant que la législation judiciaire arrivera certainement à sa fin. Certes, les juges d'aujourd'hui n'ont pas la même liberté que leurs prédécesseurs, pour accomplir des réformes ou créer les droits, d'il y a quelques siècles. Mais, malgré tout, quoique soumise à des restrictions, l'autorité judiciaire du juge ne peut pas être réduite à néant. Tout d'abord la complexité de la vie moderne produit de nouvelles combinaisons des circonstances, qui, en tant qu'elles soulèvent des discussions juridiques, apportent devant les tribunaux des espèces nouvelles qui demandent pour leur solution l'application des principes nouveaux ou l'extension des anciens principes.

Des critiques amères ont été adressées à la législation judiciaire à cause de cette caractéristique. Les jugements, disent ces critiques, sont tous sujets à erreurs et l'action du législateur à laquelle on a recours dans ce cas, si elle venait jamais, n'arrive qu'assez tardivement.

(1) Dicey, p. 472.

La conséquence est que des règles juridiques seront établies et maintenues (au moins pendant quelque temps) malgré l'erreur frappante qu'elles contiennent, ce qui est contraire aux principes du droit.

Les partisans du système s'appuient sur un argument fort simple: celui de la stabilité du droit. Il vaudrait mieux, disent-ils, un droit erroné mais stable qu'un droit instable qui porterait une atteinte sérieuse aux intérêts de la communauté.

3° *La législation judiciaire peut être une loi hypothétique.* — Nous avons vu en parlant de la force obligatoire du précédent en Angleterre, que les décisions judiciaires d'une cour de justice n'étaient, pour la cour au-dessus d'elle, que d'une autorité conditionnelle c'est-à-dire que la cour supérieure, la Chambre des Lords, par exemple, avait le pouvoir d'annuler les décisions de la cour inférieure, la cour d'appel, par exemple. Cela n'empêche, que jusqu'à l'annulation, les décisions de la cour d'appel étaient considérées comme le droit existant sur les matières auxquelles elles se réfèrent. Ce droit est, par conséquent, un droit hypothétique, incertain. Tel est le caractère de la législation judiciaire qui a donné lieu à la critique du professeur Dicey. « Or, observons-le, écrit-il, (1) une grande partie de ce droit hypothétique existe toujours et peut continuer d'exister pendant longtemps. Pendant de nombreuses années ce fut une question tout à fait incertaine que celle de savoir si le « *divorce court* » avait la compétence pour prononcer le divorce de per-

(1) P. 474.

sonnes résidant d'une manière permanente en Angleterre, mais n'y étant pas domiciliées. Un arrêt de la cour d'appel montra que cette compétence pouvait exister (1). Mais d'excellents jurisconsultes avaient des doutes sérieux sur le point de savoir si la décision de la cour d'appel était de bon droit. Les doutes des critiques ont fini par être justifiés. La décision de la cour d'appel dans *Niboyet v. Niboyet* a été virtuellement annulée ; nous savons maintenant à peu près certainement que le domicile doit être considéré comme étant en Angleterre la base de la juridiction de divorce ».

Cette affirmation du Professor Dicey est tout à fait exacte, mais il ne faut pas exagérer sa portée. Un autre principe vient atténuer l'effet du premier et même renverser cet effet. C'est la règle « *communis error facit jus* ». Les décisions des tribunaux inférieurs si elles sont restées assez longtemps sans être annulées, acquièrent par ce laps de temps une sorte d'autorité absolue qui leur assure la continuité et la stabilité. Les tribunaux supérieurs, la cour d'appel ou la chambre des Lords, s'abstiennent dans un tel cas d'annuler la décision (2). Et c'est contre cette deuxième règle « *erreur communis facit jus* » que se dirigent les critiques des autres auteurs (3). Le droit établi parfois sur une erreur apparente reste néanmoins en vertu de cette règle, inattaquable.

(1) *Niboyet V. Niboyet* (1878) 4 P. D.

(2) The good's of Huber case (1896) cité par Allen, p. 183 ; *Murphy V. Derchler* (1909) A. C. 446.

(3) Allen, p. 184.

4° *Ex post facto law*. — Un gros défaut en effet de la législation judiciaire se trouve dans ce caractère essentiel qu'elle constitue une loi « *ex post facto* ». Le juge à propos d'un litige particulier émet le principe général qu'il applique à ce même litige et qui sera appliqué dans l'avenir aux cas analogues. Le principe de droit façonné ainsi par le juge est, sans nul doute, pour le litige à propos duquel il a été créé, ainsi que pour les autres à propos desquels il sera pour la première fois dégagé, une loi *ex post facto* (1). Ce défaut qui n'accompagne le *statute law* que très exceptionnellement, est presque inhérent à la législation judiciaire. On peut prétendre, il est vrai, que les principes qu'introduit le juge n'étaient pas tout à fait inconnus des juristes et même des particuliers qui suivent avec quelque intérêt le mouvement de la jurisprudence. L'influence des opinions doctrinales sur le juge est très considérable. Il est moralement obligé de suivre dans ses jugements les principes les plus en faveur dans la doctrine. D'autre part, le juge cherche souvent à poser les principes qui s'harmonisent les mieux avec l'esprit général du droit ; il émet, dans la majorité des cas, des principes analogues à ceux déjà existants et qui ont prouvé un heureux résultat.

Cette tendance de la jurisprudence à se rapprocher de la doctrine et de l'esprit général du droit, s'il atténue un peu le mauvais effet de la législation judiciaire, ne saurait cependant pas repousser les justes critiques

(1) Austin : Lect, 38, p. 651,

adressées à celui-ci à ce propos. Un des caractères essentiels du droit est d'être clair et connu à l'avance ; c'est pour cela que le législateur procède à la promulgation des lois qu'il édicte et pose des règles spéciales concernant leur mise en application. La législation judiciaire au contraire méconnaît cette règle élémentaire et s'applique aux mêmes faits à propos desquels elle est créée.

5° *La création de la loi judiciaire dépend de l'action des particuliers.* — Puisque comme nous l'avons déjà montré, le juge n'exerce cette fonction législative particulière que dans les cas où il y a un litige particulier à juger, il résulte que tant qu'il n'y a pas une contestation judiciaire sur un point de droit, introduit devant la justice par les particuliers intéressés, ce point de droit restera indéterminé et incertain.

Tels sont les principaux traits caractéristiques de la « Judiciary law » ; que penser d'une telle législation ? Les multiples inconvénients qu'elle présente ne laissent pas à hésiter. Nous lui préférons le « Statute law » (à condition qu'il soit bien fait) aux dispositions claires et précises et promulgué avant son application.

Un système juridique basé sur le « Statute law » et dans lequel, la jurisprudence n'aura que le pouvoir de travailler sur ses fonds des textes, de les remanier ou de les transformer au besoin, aura à notre avis tous les avantages, et présentera peu ou pas d'inconvénients.

SECTION VI

« LE JUGE-LEGISLATEUR »

LES RÈGLES DE PROCÉDURE

Les règles de procédure suivies dans les tribunaux anglais ont été faites de toute pièce par les juges eux-mêmes, non dans la forme de « judiciary legislation » prononcé avec leur décision judiciaire, mais dans la forme de législation ordinaire sous l'autorité et avec le consentement exprès ou tacite du parlement. On ne peut pas préciser la date à laquelle les tribunaux ont commencé d'exercer ce pouvoir législatif spécial. Les historiens ont seulement montré que les chanceliers dans les cours d'équité ont exercé ce pouvoir pendant longtemps avant les juges de « common law courts ». Les plus anciens ordres de chancellerie portant des règles de procédures remontent à l'année 1388, tandis que les plus anciennes règles de procédure de la cour de Plaiids communs portent la date 1457, celles de la cour du banc du Roi de l'année 1604, et celles de la cour de l'Echiquier remonte à 1571 (1). Pendant longtemps ces règles continuèrent à être faites par les « chancellors » et les justiciers eux-mêmes et sous leur responsabilité.

Le parlement, dont l'autorité grandissait depuis le dix-septième siècle, se montrait jaloux de tout pouvoir rival et restreignait dans une grande mesure le pouvoir législatif de la couronne « Prerogative ou Proclamation »,

(1) Jenks ; *Short history of English law*, p. 191.

Toute proclamation ou ordre en opposition avec le terme exprès d'un acte du parlement est nul et ne peut avoir aucun effet.

Quant au pouvoir législatif de l'autorité judiciaire, en ce qui concerne les règles de procédure, le parlement a jugé opportun de le lui laisser ; ces règles comportent beaucoup de détails et ne concernent, en général, que l'application des lois dont l'activité judiciaire est chargée ; cette autorité par suite serait mieux qualifiée pour poser les règles nécessaires à la bonne marche de la justice.

Le Parlement commença dès la première moitié du dix-neuvième siècle à autoriser les juges à légiférer en matière de procédure (1). Le « civil procedure act » de 1833 reconnaît ouvertement que l'amendement des règles compliquées de la procédure concernant la plaidoirie ne peut être fait que par les juges eux-mêmes ; il autorise donc et requiert les juges de la common law pour préparer dans le délai de 5 ans, à partir de la promulgation de l'acte, une réforme des règles de plaidoirie « pleadings » qui serait soumise à l'approbation du Parlement. Les juges usant du pouvoir qui leur a été conféré par le « Civil procedure act » ont présenté dans l'année 1834 l'ensemble des règles de procédure (general rules & orders) destinées à régir le « pleadings » dans les cours supérieures de justice. (2)

(1) Jenks, 1904, *A short history of English law*, p. 192.

(2) Act 1833, 3 & 4 Will 4 c. 42, par. 3.

Le statut de 1850 (1) conféra encore un plus grand pouvoir législatif aux juges ; ces pouvoirs ont été incorporés et élargis par les « common law procedure acts » de 1852-1854.

La cour de chancellerie obtenait aussi du parlement le même pouvoir législatif en matière de procédure. « The chancery amendment act » de 1850 conféra au chancelier en collaboration avec le maître des rôles et l'un des vice-chanceliers le pouvoir d'émettre certaines règles de procédure à suivre dans les cours d'équité. Plus tard « The chancery amendment act » de 1858 augmenta ces pouvoirs pour embrasser éventuellement toutes les règles de procédure ; il introduisait dans ce corps législatif les nouveaux « lords justices of appeal in chancery » (2).

Enfin la « judicature act » de 1873 conféra à une commission judiciaire composée de tous les juges de la « supreme court of judicature », le pouvoir d'émettre les règles de procédure pour toutes les sections de la cour. Cet acte fut remplacé par celui de 1875 qui a subi à son tour plusieurs amendements successifs. Actuellement ce pouvoir législatif est réglementé par le « judicature act de 1909 ». D'après cet acte le comité judiciaire chargé d'élaborer cette législation comporte en plus de huit juges, deux membres du conseil général du barreau, un membre de « council of the law society » et un « solicitor ».

(1) 13 et 14 Vict. c. 16.

(2) Allen, p. 298.

CHAPITRE IV

LE RÔLE SOCIAL DU JUGE

L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE EN ANGLETERRE

Nous passons maintenant du domaine de l'élaboration du droit à son application dans les cours de justice. Nous envisageons ainsi le fonctionnement normal de l'organisme judiciaire.

Faire régner la justice dans le monde, permettre à chacun d'avoir son droit et l'obliger à exécuter ses obligations envers les autres, tel est le rôle principal du pouvoir judiciaire dans le monde entier.

Au sein de ce temple de la justice, toutes les passions humaines injustifiées doivent s'éteindre. Puissants ou faibles, riches ou pauvres sont tous égaux devant la loi ; dans le temple de la justice, seule la justice règne sans égale. Les lois et les codes qu'on élabore avec tant de peine ne suffisent point par eux-mêmes à empêcher les iniquités et les injustices qui résultent de l'opposition des intérêts entre particuliers. C'est par leur application dans les cours de justice qu'elles pourraient atteindre ce but. Grande est l'influence de l'application de la loi sur sa valeur juridique. On peut même dire avec certi-

tude qu'une loi défectueuse mais bien administrée, mise, pour son application, dans des mains habiles peut être supérieure dans son effet à une loi parfaite mal appliquée.

Nous ne voulons pas nous attarder ici à justifier, par des paroles pompeuses, l'existence, l'utilité du pouvoir judiciaire. La chose est certaine, la vérité saute aux yeux.

Le sentiment de la justice a toujours existé même dans les sociétés les plus anciennes.

Les bienfaits d'un juge se faisaient sentir depuis le temps le plus reculé ; les chefs de famille, le chef de tribu et les arbitres, représentaient bien nos juges modernes ; aujourd'hui encore dans les peuplades sauvages ou non civilisées, les litigants s'en remettent volontiers à l'arbitrage particulier. Ce n'est pas là, avons-nous dit, notre sujet. Le pouvoir judiciaire existe et constitue un élément indispensable à toute société moderne. Ce qui nous intéresse c'est le mécanisme, la marche de l'appareil de la justice. Les lois n'auraient pas grande valeur sans l'aide des juges qui les appliquent. Quel est le pouvoir du juge ? Comment procède-t-il pour appliquer cette loi, pour rendre la justice à tous ? Tel est notre sujet. Nous nous proposons donc d'examiner d'une manière sommaire mais claire dans une section première les principes directeurs et les règles de la procédure ; dans une autre section nous étudierons les principes de la procédure criminelle en parlant en même temps du pouvoir dont jouit le juge anglais dans l'administration de la justice. Dans une troisième section nous parlerons de « la preuve en droit anglais ». Nous con-

sacrerons une quatrième à « la protection des mineurs en droit anglais » et enfin une cinquième au rôle constitutionnel et administratif du pouvoir judiciaire.

SECTION PREMIERE

I

LES PRINCIPES DIRECTEURS DE LA PROCÉDURE ANGLAISE

L'administration de la justice dépend en toute partie des règles de la procédure. Les lois peuvent être très satisfaisantes et les juges qui les administrent des plus éminents et des plus capables, mais la justice peut être cependant mal assurée si les règles de la procédure laissent à désirer, ou sont compliquées. Les frais énormes qu'entraîne un procès, la lenteur de la justice ou les moyens subtils, ouverts à la partie la plus forte par les règles de procédure, de débouter les justes demandes de l'autre, rend les lois, si bonnes soient-elles, sans grande valeur.

La loi procédurale anglaise se distingue de celle du continent par cette caractéristique importante, qu'elle est faite comme nous l'avons déjà signalé, par une commission composée en majeure partie des juges (1). Elle présente d'un autre côté les traits caractéristiques suivants :

1^o Toutes les audiences, sauf de très rares exceptions, sont publiques. Tout accusé dans un procès criminel a le droit d'avoir un défenseur : un « solicitor et bar-

(1) Voir *suprà*, section VI, p. 155.

ristes ». Ce droit d'avoir un défenseur n'est cependant pas très ancien. Jusqu'à la fin du 17^e siècle, les accusés de félonies n'avaient pas ce droit sauf dans les cas où s'élève une discussion sur un point de droit. Sous William III « the treason act » de 1695 permit aux personnes accusées de haute trahison d'être assistées d'un « counsel » ; en 1836 le droit fut accordé à tout accusé.

2° *Le jury.*

Le système du jugement par l'assistance du jury, aujourd'hui appliqué dans la plupart des pays civilisés a une origine très ancienne (1). En Angleterre, on trouve des traces du système sous les Anglo-Saxons. Mais les jurés, jusqu'à la fin du 14^e siècle, n'étaient que des témoins. Ce n'est qu'à cette date qu'ils ont pris le caractère de juges. L'Angleterre se distingue aujourd'hui par le « système d'accusation par le grand jury » et par le « jury civil ».

Ce système du jugement par le jury qui a été aux 12^e et 13^e siècles tout à fait impopulaire, est devenu dans les siècles suivants en grande faveur en Angleterre. Il protégeait les accusés de crimes politiques contre l'oppression du pouvoir exécutif.

Le jury, avons-nous dit, fonctionne en Angleterre aussi bien en matière civile qu'en matière criminelle. Les

(1) Les auteurs sont en complet désaccord sur l'origine du jury : les uns font découler le système des usages francs ; les autres lui reconnaissent une origine romaine ou grecque ; d'autres encore, Blackston en particulier, soutiennent que son origine est saxonne.

règles, en ce qui concerne l'assistance du jury en matière civile sont les suivantes :

Lec causes qui sont portées devant la section de chancellerie sont jugées sans l'assistance du jury, à moins que le juge n'en ordonne autrement.

En ce qui concerne les causes ressortissant de la section du banc du Roi, pour toutes celles intentées à raison d'injures, de diffamations, d'emprisonnements non justifiés, des poursuites exercées sans motif, de séduction ou de rupture de promesses de mariage, chacune des parties a le droit d'exiger que les questions de fait soient soumises à un juge assisté d'un jury.

Dans toutes les causes qui, avant le « *judicature act* » pouvaient être jugées sans l'assistance du jury la cour peut décider leur jugement sans son assistance.

La cour peut ordonner le jugement sans jury de toute affaire nécessitant un examen prolongé des documents ou une investigation scientifique. Dans toutes les autres affaires chaque partie peut demander et obtenir un jury dans un délai de 10 jours de l'assignation pour les débats. (of the giving of notice of trial).

Quant aux procès criminels nous savons déjà de notre étude précédente que seules les infractions dites « *indictables* » sont jugées par la juridiction sommaire sans l'assistance du jury.

3° *La prescription.*

En matière civile, le droit anglais reconnaît au laps de temps la force de prescrire l'action et même le droit lui même, pareil en cela au droit français.

Ainsi les actions ayant pour but la propriété d'immeubles, les créances hypothécaires ou le recouvrement de fermage ou loyer, se prescrivent par douze ans, à partir du moment où a commencé l'existence du droit que l'on invoque. En cas de revendication de propriété ce n'est pas seulement l'action qui se prescrit par douze ans mais le droit de propriété lui-même, de sorte que, si plus tard le fond revient dans la possession du propriétaire, son droit de propriétaire reste néanmoins définitivement éteint.

Pour les actions personnelles, le délai de prescription varie de six mois à douze ans suivant le cas.

Le délai de prescription ne court contre les mineurs ou les fous qu'à partir du moment où cesse leur incapacité : la majorité pour les mineurs et la lucidité pour les fous. Cependant, si le délai a commencé avant que la personne soit atteinte de folie, il ne cessera plus de courir contre lui (1). It will have no prolongation on the ground of his subsequent insanity.

L'absence au delà des mers et l'état de mariage ne sont plus des causes de suspension de la prescription.

En ce qui concerne les poursuites criminelles, l'Angleterre, contrairement au continent, ne connaît pas ou presque pas la prescription pénale ; aucun laps de temps ne saura mettre obstacle à l'action pénale. Le principe reconnu en cette matière est « *tempus non occurrit regi* ». La règle n'est cependant pas absolue ; elle comporte

(1) Jenks : *Book of English law*, p. 117.

des exceptions : en cas de trahison, par exemple, à moins que l'acte soit une atteinte contre la personne du Roi, les poursuites ne peuvent être exercées après un délai de trois ans. D'un autre côté, les infractions non indictables sont généralement poursuivies dans le délai de 6 mois de leur accomplissement.

4° Le pouvoir du juge, pendant la procédure, pour ordonner la production des documents (discovery of documents).

Toute partie peut demander au juge de rendre une ordonnance, pour obliger son adversaire à produire les documents relatifs à la cause qu'il peut avoir entre les mains. Le juge peut accorder ou refuser tout ou partie de la demande. Celle des parties à laquelle est adressée la requête est obligée de produire toutes les pièces mentionnées dans les actes de procédure, à moins que le juge n'en décide autrement. Quant aux autres documents, elle peut les refuser, mais le juge apprécie la valeur des motifs allégués et il a le droit d'exiger formellement la production de tout écrit qu'il considère comme utile à la découverte de la vérité fût-il même dommagable à celui qui doit le produire.

5° Pouvoir du juge pour annuler toute action inutile.

Toute partie peut demander à la Cour d'annuler le « pleading » de l'autre partie en alléguant que cette action n'a pas un motif sérieux ou qu'elle est tout simplement frivole ou vexatoire. La Cour est libre de donner satisfaction à une telle demande en annulant les procédures, ou de la rejeter. Ce pouvoir donné à la Cour d'annuler

les procédures doit être exercé avec précaution et seulement au besoin. Lord Justice Fletcher Moulton déclare dans *Dayson V. Attorney general* (1) :

« The power of arresting an action and deciding it without trial is one to be very sparingly used, and rarely if ever, excepting in cases where the action is an abuse of legal procedure ».

La Cour peut aussi annuler un seul acte de la procédure qui lui paraît inutile, embarrassant ou scandaleux — unnecessary, scandalous or embarrass the trial.

Elle peut débouter toute réclamation ou moyen de défense qui est vexatoire ou frivole.

Enfin, la Haute-Cour peut défendre, sur la demande de « l'attorney general », à toute personne ayant l'habitude d'entreprendre des actes de procédure frivoles ou vexatoires, de ne commencer dans l'avenir aucune procédure, dans aucune Cour de justice, sans l'autorisation de la Haute Cour.

Ces trois dernières rubriques font ressortir clairement le rôle important que joue le juge dans l'administration de la justice. Les pouvoirs qui lui sont accordés lui assure une liberté assez large dans l'accomplissement de sa mission.

6° Le « *Poor Persons* ».

Pour rendre la justice accessible aux pauvres comme aux riches, il fallait permettre aux pauvres une justice

(1) 1911, 1. K. B. at, p. 418.

bénévole sinon l'autel de la justice leur resterait — contre toute idée de justice — inaccessible pour toujours.

La loi anglaise n'a pas laissé subsister une telle iniquité. Elle laisse la porte de la justice ouverte aux pauvres qui ne peuvent pas supporter les frais. Ainsi, toute personne dont la fortune ne s'élève pas à cinquante livres (dans quelques cas à 100 livres) ou dont la rente ne dépasse pas deux livres par semaine serait exempte de tous frais de justice et ne devrait rien à son « solicitor » ou à son « counsel ».

Dans les procès criminels « le "Poor Prisoners" Défense Act de 1903 » porte que, dans tous les cas où le prisonnier, en raison de sa pauvreté, ne peut avoir un counsel, et, où la question nécessite une défense, la Cour lui désignera un « counsel et un solicitor » qui seront remboursés par l'Etat.

7° Défaut de ministère public.

Une des caractéristiques importantes de la procédure pénale anglaise est le défaut de ministère public (1). Malgré ce défaut, toutes les poursuites criminelles, qu'elles soient intentées par « l'attorney general » ou par un particulier, sont exercées au nom de la Couronne. Il est évident que de telles poursuites dont l'exercice est laissé au gré des particuliers sont susceptibles de cau-

(1) Seitz: *Bulletin de la Société de législation comparée*, numéro de janvier-mars 1929, p. 133.

ser un préjudice sérieux aux personnes contre lesquelles des poursuites non fondées seraient entamées. Le législateur, ne jugeant pas suffisante l'action civile en dommages-intérêts mise à la disposition des personnes endommagées, a fourni les deux autres remèdes suivants :

Le « vexation indictment act » de 1859 modifié par plusieurs lois postérieures porte que la mise en accusation d'une personne ne serait légale que si elle est ordonnée par un juge de paix ou si le particulier qui poursuit y est astreint par le magistrat devant lequel la procédure préliminaire a été commencée.

Le deuxième remède est fourni par le « criminal law amendment act 1867 » aux termes duquel la Cour condamnera le poursuivant aux frais si la poursuite est jugée non justifiée.

II

A. LA PROCÉDURE CIVILE

Nous le répétons à chaque occasion : les règles de la procédure sont d'une importance incomparable pour l'administration de la justice. Une justice parfaite ne peut être rendue qu'à l'aide des règles de procédure parfaites. Il suffit pour s'en convaincre de présenter cet aperçu sommaire de l'état de la justice anglaise avant et après la réforme de la procédure (le *judicature act*) emprunté au Comte de Franqueville.

Deux systèmes de procédure non seulement distincts,

mais souvent contradictoires, fonctionnaient avant la réforme ; celui d'équité et celui de la common law.

« La Cour de Chancellerie ne pouvait ni établir un droit légal, ni interpréter un acte du Parlement, ni statuer sur un contrat entre négociants, ni trancher un point de droit commercial, etc...

« Les cours de common law, d'un autre côté, ne pouvaient, sauf dans les questions touchant à la propriété immobilière, accorder d'autre satisfaction qu'une indemnité en argent ; elles n'avaient aucun moyen de prévenir un dommage, de lancer des injonctions, d'ordonner des mesures conservatoires ; elles ne pouvaient ni exiger la production de documents, ni obliger les parties à répondre à certaines questions avant le jugement (1) ».

Dans les cours de « common law », des formalités nombreuses et compliquées étaient exigées sous peine de nullité. Les parties et même les personnes ayant le plus léger intérêt dans l'affaire, n'étaient pas admises à donner leur témoignage. Les ajournements étaient continuels, les retards considérables et les frais énormes. L'indépendance des deux juridictions permettait au plaideur perdant devant l'une, d'intenter son action de nouveau devant l'autre, ce qui rendait la justice aussi compliquée et aussi instable que possible.

La « Judicature act » a apporté de grandes réformes à cet état : les deux juridictions ne constituent plus

(1) Franqueville, t. II, p. 69,

désormais qu'une seule, et les autres sont réformées, comme nous allons le voir dans la suite.

LA PROCÉDURE CIVILE ACTUELLE (1)

1° *Le Writ of Summons* :

L'introduction de l'action en justice se fait à l'aide d'un exploit d'ajournement (*writ of summons*) indiquant la nature de la demande et le nom de la division devant laquelle l'affaire doit être jugée.

Cet exploit peut être lancé à la volonté du demandeur de l'office central de Londres, soit de l'un des quatre-vingts greffes des districts.

Si le défendeur n'a pas de domicile, ni établissement dans la circonscription du greffe du district, d'où part l'assignation, l'exploit doit indiquer que la « *comparution* » doit être notifiée soit à Londres, soit au greffe du district. Le duplicata de l'exploit doit être remis au défendeur qui a le droit de réclamer la production de l'original.

En principe, tout défendeur doit notifier sa comparution à l'office central de Londres, mais celui qui reçoit un exploit d'ajournement d'un greffe et qui a son domicile ou son centre d'affaires dans la circonscription, doit faire la notification au dit greffe ; dans le cas contraire il peut, à son gré, comparaître à Londres ou au greffe du district. La procédure est suivie là où a été notifiée la comparution (2).

(1) *Stephen's: Commentaries*, t. 1^{er}.

(2) La comparution consiste dans la remise faite à l'agent chargé

Après la comparution du défendeur commence, entre les adversaires, les échanges des documents qu'on appelle les « pleadings ».

Les pleadings

A moins d'une autorisation spéciale les pleadings se bornent à :

1° Un exposé de la demande (statement of claim) par lequel le demandeur signifie au défendeur l'exposé de sa demande. Cette pièce n'est même pas indispensable ; si le défenseur ne la réclame pas le demandeur peut passer outre.

2° un exposé de la défense (statement of defense).

3° une réplique suivie, s'il est besoin, d'un précis des points du débat, (joinder of issue ».

Un délai et certaines formalités sont fixés pour la reproduction de tout ce document mais aucune des formalités n'est prescrite à peine de nullité. Toute irrégularité peut être signalée à la cour qui a le droit d'ordonner l'annulation d'un acte ou d'exiger la modification des indications inutiles ou scandaleuses.

L'AUDIENCE

Les pleadings terminés, le demandeur donnera au défendeur un avis de jugement (notice of trial) et l'affaire viendra à l'audience.

de la recevoir d'un memorandum écrit indiquant que le défendeur entend suivre personnellement la procédure ou faisant connaître le nom du « solicitor » qui le représente,

A l'audience, la cour procède à l'interrogation du témoin et entend la plaidoirie des deux parties.

Le « *junior* » avocat du demandeur ouvre le cas, c'est-à-dire expose brièvement l'affaire ; puis vient le tour de celui des « *leaders* » qui a le droit de commencer. Celui-ci, après avoir dit quelques mots au jury, fait successivement comparaître les témoins assignés par son client et les interroge sur les faits de la cause. Puis, si son adversaire n'annonce pas l'intention de faire entendre des témoins, il résume l'affaire (*summing up*), après quoi l'avocat de la partie adverse prend la parole. Dans le cas contraire, aussitôt que le premier avocat s'est assis, son adversaire présente à son tour, l'exposé de l'affaire, interroge les témoins assignés par son client et présente son résumé ; alors celui des avocats qui a parlé le premier réplique.

B. LA SANCTION DU DROIT CIVIL (1)

Nous nous proposons ici d'examiner une à une les satisfactions qu'accorde la justice civile anglaise aux individus qui ont à se plaindre d'un préjudice ou d'une injustice quelconque, à ceux qui viennent demander son aide pour réparer le mal qui leur a été fait.

Autrefois les remèdes appliqués dans les cours d'équité n'étaient pas les mêmes que ceux appliqués dans les cours de « *common law* » ; aujourd'hui et depuis la « *judicature act* » cette distinction a disparu, elle n'a plus qu'un intérêt historique. Voici ces remèdes :

(1) Jenks: *Book of English law*, p. 249.

1° *Restitution matérielle* : « recovering in kind or restitution ».

Ce remède s'appliquait, dès l'origine au recouvrement des biens fonds (*land*), recouvrement de la possession et de la propriété de ce « *land* ».

En ce qui concerne les biens mobiliers (*chattels*) la théorie enseignée par Bracton n'admettait, pour leur restitution, qu'une action personnelle « *personal action* » dans laquelle le plaideur devait indiquer la valeur du bien mobilier qu'il réclamait et le défendeur pouvait à son gré ou restituer la chose ou sa valeur.

Vers la moitié du 19^e siècle cette doctrine a été abandonnée. La cour peut, à partir de cette époque, obliger le défendeur à restituer le meuble en nature et non sa valeur. L'action de restitution est aujourd'hui applicable dans tous les cas appropriés (*appropriate cases*).

2° *Les dommages-intérêts* :

Dans les cas où un préjudice est causé à une personne par une autre, cette personne aura le droit aux dommages-intérêts. Le montant des dommages-intérêts correspond en principe à la somme nécessaire pour la réparation du préjudice fait. Cette règle n'est cependant pas absolue ; dans le cas de rupture de contrat, par exemple, les dommages-intérêts à accorder ne correspondront pas à la somme nécessaire pour la réparation du dommage résultant de la rupture de ce même contrat. La cour accordera, dans un tel cas, des dommages-intérêts correspondant au dommage qui résulte, en général, de la

rupture d'un tel contrat. Les parties d'un contrat sont présumées avoir prévu et accepté cette conséquence.

Au contraire dans les cas de délits civils, la cour accorde la juste somme nécessaire pour la réparation du dommage causé. Cependant, comme dans le droit français, les dommages indirects n'entrent pas dans ce calcul.

Un autre principe de droit anglais concernant cette question et qui mérite d'être mentionné ici, est celui concernant ce qu'on appelle en Angleterre « nominal damages » et « vindicative damages ».

Les *nominal damages* sont des dommages-intérêts infligés à une personne pour le seul but d'assurer le respect du droit. La seule rupture d'un engagement, par exemple, même s'il n'en résulte aucun préjudice à l'autre partie, même si cette rupture lui a été avantageuse, donne cependant à cette partie un droit à des dommages-intérêts, — minimes sans doute — (a shilling) — qui ont pour seul but d'assurer le respect de la loi. A, fait un contrat avec B pour lui fournir du charbon. A, rompt son contrat en manquant à son engagement. Mais B va au marché et se procure le charbon dont il a besoin à meilleur prix ; il a donc gagné à cette rupture. Cela n'empêche pas la cour de condamner A, à payer un shilling, par exemple, en guise de dommages-intérêts, parce qu'il a manqué à son engagement. Il en est de même dans le cas où une personne, pour se rendre à un endroit quelconqué traverse le champ d'un tiers sans

causer aucun préjudice, ni même laisser une trace (1).

Les « *Vindictive damages* », au contraire, sont des dommages-intérêts dépassant la somme nécessaire pour réparer le préjudice causé. La cour condamne à de tels dommages-intérêts dans le cas où elle ou le jury désapprouve la conduite du défendeur condamné et pour marquer l'indignation de la cour et du jury de son méfait. C'est en quelque sorte une peine contre l'auteur du préjudice et non pas une réparation du dommage.

3° *Les injonctions* (Injunctions) :

C'est un ordre délivré par la cour pour défendre à une personne d'accomplir un acte qu'elle n'a pas le droit de faire ? Cette arme qui a été d'un aide suprême à la cour d'équité dans son conflit avec les cours de « *common law* » au 16^e siècle et au 17^e siècle, est devenue, plus tard, l'instrument le plus efficace et le plus bienfaisant de la justice, au service de deux juridictions sans distinction. Ces injonctions, d'une grande importance, sont employées dans trois cas différents.

Tout d'abord, dans le cas où une personne commet un acte préjudiciable sur le terrain d'autrui, acte susceptible d'être répété, acte de « *treapass* » par exemple. Chaque fois que l'acte sera commis, la victime aura le droit d'intenter une action en dommages-intérêts et cela peut se répéter au détriment du plaignant. Avec l'aide de l'injonction, au contraire, la première fois qu'un acte de ce genre serait commis, la victime intenterait tou-

(1) Jenks: *Book of English law*, p. 255.

jours son action en dommages-intérêts mais demanderait en même temps à la cour qui la lui accorderait une injonction défendant à l'auteur de recommencer sous peine d'être mis en prison pour « contempt of court ».

L'ordre d'injonction rend un autre grand service à la cause de la justice ; il sert à prévenir un dommage futur et certain. La cour sur la demande de la future victime à laquelle un acte illégal causerait un dommage, s'il était fait par l'autre personne, rend une injonction défendant à cette autre personne de commettre un tel acte sous peine d'emprisonnement pour « contempt of court ».

Ce procédé est extrêmement juste et utile pour les deux parties. Supposons, par exemple, qu'un voisin, A, prépare un plan pour construire un immeuble qui bouchera à tort la lumière de B. L'immeuble construit et le préjudice de B étant fait, B aura le droit à des dommages-intérêts et à faire détruire l'immeuble, cause du préjudice. Ce procédé causerait certes un grand dommage à A propriétaire de l'immeuble, dommage qui serait évité à l'aide de *l'injonction*.

Une troisième application des injonctions consiste dans ce qu'on appelle les injonctions interlocutoires (interlocutory injunctions). La cour peut sans attendre la fin de la procédure et avant de rendre le jugement faire droit, temporairement, aux prétentions du demandeur au moyen d'une injonction rendue sur sa demande et même sans donner avis au défendeur (1). Mais à

(1) Jenks, p. 264.

cause du danger qui peut résulter d'une telle injonction pour le défendeur, qui peut avoir raison, et obtenir à la fin gain de cause contre le demandeur, la cour exige avant de rendre cette injonction que celui-ci s'engage à indemniser totalement le défendeur de la perte qu'il peut subir en obéissant à l'injonction, si, à la fin, il gagne le procès.

4° Pouvoir de la Cour en ce qui concerne les documents :

Un contrat ou un engagement quelconque obtenu par fraude ou contenant un vice le rendant illégal, ne peut pas obtenir naturellement aucune sanction dans les cours de justice, mais il y a plus, la cour peut ordonner la destruction de tels documents. Si la cour acquiert conviction que les *textes* d'un accord quelconque ne représentent pas proprement l'intention des parties, elle peut ordonner de refaire ce document de façon à correspondre correctement à l'intention des parties. Elle ne pourra pas cependant agir ainsi à propos d'un document dont l'auteur est décédé (1).

5° Declaratory order :

Les parties, à une cause quelconque, se doutant de leurs droits et de leurs obligations respectifs, mais ne voulant pas entrer en litige et provoquer un jugement contre l'un d'eux, ont à leur disposition un moyen facile pour y arriver, c'est de demander à la cour un ordre déclaratoire (*declaratory order*).

(1) Jenks, p. 267.

Elles peuvent, sous la forme d'une action ou par des assignations particulières, (by informal summons) introduire la question dont elles conçoivent quelque doute, devant la cour, laquelle, après avoir entendu les témoins et les arguments des parties, déclare les droits et les devoirs respectifs des parties d'une façon abstraite, c'est-à-dire sans condamner l'une ou l'autre (without any consequential relief).

C'est en somme une consultation judiciaire.

6° *La specific performance* (1) :

Un remède d'équité à l'origine, la *specific performance* a gardé de cette origine ce caractère spécial d'être discrétionnaire (2). La cour ordonnera la « *specific performance* » dans les cas où elle juge ce remède plus équitable et plus opportun que les dommages-intérêts. Elle exerce ainsi une discrétion dans l'acceptance ou le refus de l'action en « *specific performance* ». Ce n'est pas une discrétion arbitraire et capricieuse que la cour exerce, mais au contraire, une discrétion guidée par la raison et par l'esprit de la justice comme nous le verrons ci-dessous, dans l'étude des cas où la « *specific performance* » n'est pas accordée.

La *specific performance* signifie l'exécution forcée, et, en nature d'un contrat. C'est un remède contre la rupture d'un contrat. La cour, au lieu d'accorder des dom-

(1) Stephen's: *Commentaries*, t. III, p. 208; voir Barba: *L'exécution spécifique des contrats*, thèse Paris, 1928.

(2) Barba, p. 58 et suiv. Voir aussi p. 69.

images-intérêts ordonnera l'exécution du contrat en nature.

En principe général la « specific performance » contre le défaillant est accordée dans les cas où les dommages-intérêts ne constitueraient pas un remède suffisant et équitable. Pour expliquer plus nettement ce principe, nous aurons à l'examiner dans son application aux différents cas qui se présentent dans la pratique.

1° Dans la vente des terres (sale of land) la « specific performance » est toujours accordée.

2° Quant aux biens meubles, la « specific performance » sera seulement accordée dans les cas où la chose vendue est d'une qualité unique ou particulière qui ne peut pas être représentée par l'argent, tels qu'un tableau ou un objet d'art.

3° La « specific performance » ne sera pas accordée contre l'une des parties si l'obligation de l'autre n'admet pas ce procédé comme dans le cas d'un contrat à titre gratuit et aussi dans le cas où l'obligation de l'une des parties est un service personnel à rendre.

4° La « specific performance » ne sera pas accordée dans les cas où la cour ne pourra pas ou répugnera d'assurer l'exécution matérielle du contrat. Ainsi dans *Ryan v. Mutual Tontine Assocn* (1), le propriétaire d'un immeuble s'était engagé envers ses locataires à leur procurer une personne pour surveiller l'immeuble et pour servir l'ensemble des locataires. La personne désignée par le propriétaire ayant une autre occupation ailleurs ne s'occu-

(1) 1893, 1. Ch., p. 117.

pait pas de l'immeuble et le laissait aux soins de petits garçons ou d'une femme. L'un des locataires se plaignit à la cour et demanda la « specific performance » contre le propriétaire. La cour n'a pas jugé le cas susceptible de « specific performance » (This was not a proper case for granting either an injunction to prevent continuance of the breach of the covenant or specific performance to enforce it).

5° En ce qui concerne les engagements pour la construction des immeubles, la jurisprudence après certaines hésitations est arrivée à élaborer une théorie nouvelle qui prévaut de nos jours. Cette doctrine est affirmée par Lord Judge Romer dans *Wolverhampton corporation v. Emmons* (1) dans les termes suivants :

« Le principe général est, sans aucun doute, que la « specific performance » ne peut pas être accordée pour les contrats de construction ; mais à ce principe il y a une exception où la « specific performance » peut être admise. Pour que le demandeur s'en prévale, il faut la réunion des trois conditions suivantes.

a) que les travaux de constructions à faire soient clairement spécifiés dans le contrat.

b) que le demandeur ait un intérêt substantiel à l'exécution en nature du contrat.

c) enfin que le terrain sur lequel le bâtiment devait être construit soit mis par le contrat dans la possession du défendeur.

(1) 1901, 1. Q. B., p. 524.

SECTION DEUXIEME

I

LA PROCÉDURE CRIMINELLE

Le premier acte de la procédure est tout naturellement de saisir la justice de l'affaire et de lui livrer la personne accusée. La justice de paix est la première juridiction devant laquelle doivent passer indifféremment tous les accusés. Dans les cas de contraventions ou de petits délits sans gravité elle aura à juger l'accusé, dans les autres cas plus sérieux elle procédera à l'instruction de l'affaire et renverra l'accusé à la juridiction compétente pour le jugement. Mais tout d'abord quels sont les moyens permettant d'introduire l'accusé devant la justice de paix ? Deux moyens sont utilisables : les *summons*, c'est-à-dire une assignation faite à la personne accusée de comparaître devant le juge de paix, et l'arrestation. Cette dernière peut être effectuée soit sous un mandat (warrant) soit sans warrant, par un constable ou un particulier quelconque. Ce mandat (warrant) peut émaner en cas de crimes politiques du conseil privé (privy counsel) ou d'un secrétaire d'état, (a secretary of state) ; dans les crimes de droit commun il peut émaner d'un juge du banc du roi, mais il émane en général du juge de paix (justice of the peace) (1).

(1) Stephen's, t. IV, p. 187 et suiv.

Les constables et mêmes les particuliers ont un grand pouvoir d'arrêter toute personne en flagrant délit et même simplement soupçonnée — sur des présomptions sérieuses — d'avoir commis un crime. Cependant dans ce deuxième cas le constable, s'il commet une erreur dans l'arrestation, ses soupçons n'étant pas justifiés, sera à l'abri de toute responsabilité, tandis que le particulier s'il commet la même erreur, sera sujet au recours civil et pénal intenté par la personne arrêtée à tort.

Dans tous les cas la personne arrêtée doit être livrée à la justice le plus tôt possible sinon son détenteur pourra être inculqué pour emprisonnement arbitraire. L'inculpé est maintenant devant la justice de paix. Nous allons examiner sommairement la procédure devant cette juridiction, premièrement dans les cas où elle rend un jugement définitif, dans le cas entrant dans sa compétence, et ensuite nous examinerons la procédure d'instruction pour les délits indictables.

LA JURIDICTION SOMMAIRE

Les affaires qui peuvent être jugées sommairement se sont largement augmentées en nombre par l'effet des derniers statuts qui ont fait entrer plusieurs cas nouveaux dans la compétence de la juridiction sommaire. Dans les cas les plus simples, un seul juge de paix aura le droit de les juger. Ces cas sont déterminés par la loi, tous les autres cas ne rentrant pas dans la compétence d'un magistrat siégeant seul, sont soumis à deux juges de paix

réunis en cour de petites sessions où à un juge payé, tenant une cour de police. Dans l'une et l'autre de ces cours l'audience doit être publique et tout inculpé a le droit de se faire assister par son « counsel ». L'inculpé est amené devant la cour, on lui donne connaissance des faits qui lui sont reprochés et on lui demande s'il a quelques observations à présenter. S'il avoue, la cour peut néanmoins entendre les témoins pour se renseigner et rend ensuite le jugement. Dans le cas contraire le plaignant présente les témoins à charge et les interroge soit par lui-même soit par son « counsel ou solicitor » ; l'inculpé ou son solicitor aura le droit de contre-examiner les témoins à charge. L'inculpé est invité ensuite à présenter sa défense et ses témoins, que la partie poursuivante peut contre-examiner. Celui-ci a le droit de répliquer, pour traiter le point de droit ; le droit de réplique lui sera aussi accordé chaque fois que la justice le demandera. Cette procédure terminée, la Cour condamnera après conviction, l'inculpé, ou l'acquittera selon le cas.

La cour de juridiction sommaire a, dans ce domaine, des pouvoirs très étendus. Elle peut, si la culpabilité ne lui semble pas prouvée, acquitter avec ou sans admonestation, et dans ce cas, l'accusé reçoit un certificat qui le met à l'abri de toute poursuite à raison du même fait. Dans le cas où le délit lui paraît léger, la cour peut à son gré, acquitter le prévenu en décidant, au besoin, qu'il paiera une somme n'excédant pas 50 francs outre les frais du procès, ou le condamnera et le mettra immédiatement en liberté à la condition qu'il fournira caution, soit de se présenter lorsqu'il en sera requis pour entendre

prononcer la sentence, soit de se bien conduire pendant un délai fixé. La cour peut également décider que l'inculpé paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts et acquittera les frais du procès (1).

L'appel : Les jugements des cours de juridiction sommaires peuvent être attaqués soit devant les cours de sessions trimestrielles (quarter sessions) pour des raisons de fait, soit devant la haute cour sur les points de droit — division du banc du roi — « king's bench division of the high court ». Le jugement de la session trimestrielle rendu sur appel peut être à son tour attaqué devant la division du banc du roi de la haute cour sur les points de droit (2).

L'instruction

Dans le cas n'entrant pas dans la compétence de la juridiction sommaire, c'est-à-dire dans tous les cas dits « indictable offences » qui doivent être jugés avec l'assistance du jury, la cour sommaire procède simplement à l'instruction de l'affaire. Elle constitue dans ce cas une chambre d'instruction. Si elle trouve des charges sérieuses contre l'accusé, elle le renvoie pour être jugé devant la cour des sessions trimestrielles ou devant la cour d'assises selon le cas, décidant en même temps sur la question de l'emprisonnement préventif. Cet examen

(1) Franqueville, t. II, p. 196 et suivantes.

(2) Stephen's, t. IV, p. 195.

préliminaire de l'affaire se compose de l'interrogatoire des témoins à charge présentés par le poursuivant, de ceux à décharge présentés par l'accusé et des contre-examens de tous les témoins par l'une et l'autre des parties.

L'instruction se déroule généralement, mais non nécessairement en public, l'accusé étant présent à toutes les phases de l'instruction (1). L'accusé a le droit d'avoir communication de toutes les dépositions des témoins contre paiement d'un prix déterminé, il a aussi le droit de se faire assister pendant toute l'instruction par un « solicitor ou un counsel ».

Les frais de poursuites n'étaient pas autrefois toujours remboursés par l'Etat. Aujourd'hui, au contraire, les frais sont remboursés, en général, au poursuivant, sauf dans le cas où le juge en décide autrement. Toutefois ces paiements sont faits avec beaucoup de parcimonie et d'après un tarif fixé et notoirement insuffisant ; il en résulte que les particuliers hésitent souvent et même renoncent parfois à intenter des poursuites.

Nous avons déjà fait allusion au pouvoir de la cour de juridiction sommaire de décider de la détention préventive de l'accusé ; cette question mérite d'être traitée ici plus amplement.

La cour décide dès l'ouverture de l'instruction si on doit maintenir l'arrestation de l'accusé ou le mettre en liberté. L'instruction terminée et les charges apportées contre l'accusé jugées suffisantes pour son renvoi devant

(1) Stephen's, t. IV, p. 197.

la juridiction compétente, la cour aura de nouveau à décider s'il doit être mis en prison ou laissé en liberté avec ou sans caution jusqu'au jour du jugement.

A l'origine, aucune règle précise concernant cette question n'a été posée et la liberté des accusés était par conséquent livrée à l'arbitraire des sheriffs. Des abus en sont résultés, auxquels le statut de Westminster de 1275 est venu mettre un terme, posant les deux principes suivants ; d'abord que l'emprisonnement devait être maintenu dans tous les cas où il s'agissait d'un crime sérieux, ensuite que la mise en liberté devait être accordée si l'inculpé avait à répondre d'un crime moindre ou d'un délit. Des lois successives sont venues modifier ces règles, lesquelles ont été remplacées par un acte de 1826 (1), qui a cessé à son tour d'être en vigueur.

Les règles aujourd'hui applicables sont les suivantes : pour le cas de trahison la mise en liberté sous caution (bail) ne peut être accordée que par le secrétaire d'état ou par un juge de la division du banc du roi.

Pour les cas de félonies ou de certains nombres déterminés de « misdemeanours » le droit d'accorder ou de refuser la liberté provisoire « bail » reste à la discrétion de la cour, sujet à appel à la division du banc du roi ; de l'existence de ce droit d'appel le juge doit informer l'accusé. Dans les autres cas le juge doit accorder la liberté provisoire sous caution (bail). Si le juge redoute

(1) Act 7 Georges, IV, ch. 64,

dans ce cas la fuite de l'accusé il n'aura, pour s'assurer de sa comparution, qu'un seul moyen, celui d'augmenter la caution, mais il ne peut pas l'augmenter indéfiniment. « The bill of rights » de 1689 défend d'exiger de cautions excessives, « excessive bail ought not to be required » (1).

La poursuite devant les juridictions où siège un jury

La poursuite criminelle en Angleterre peut être intentée soit par tout particulier victime de l'acte punissable soit par le « director of public prosecutions ». Ce dernier intervient dans le cas de crimes qui entraîneraient la peine de mort, dans les cas de crime d'un caractère public ou ayant une certaine importance, enfin dans le cas où le particulier victime de l'acte s'abstient de poursuivre l'auteur. D'ailleurs la situation de l'accusé est toujours la même, que ce soit un particulier qui le poursuit ou un « solicitor » de la couronne. La procédure est la même, le devoir du représentant de la couronne n'est pas de faire condamner à tout prix, mais simplement d'aider à la découverte de la vérité. Il doit, non seulement montrer les charges contre l'accusé mais aussi les circonstances en sa faveur. C'est en somme un agent de la justice et non de l'accusation.

La procédure commence par l'acte d'accusation « indictment ». « L'indictment » doit être rédigé dans la

(1) B. E. L., p. 105.

forme prescrite par la loi et doit comprendre trois parties : le préambule (commencement), l'exposé de faits (statement) et enfin les circonstances particulières de crimes (1). Toute défectuosité dans la forme ou dans le fond donnera le droit à l'inculpé de demander son annulation.

Cet acte d'accusation ne constitue jusqu'à présent qu'un projet ou un bill ; pour qu'il soit transformé en véritable acte d'accusation il faut qu'il soit soumis au grand jury et qu'il ait été déclaré par lui un « true bill ». Un grand principe en Angleterre : c'est que tout accusé doit être mis en accusation par le grand jury. Il y a à ce principe deux exceptions dont l'emploi est rare et qu'il suffit de mentionner en passant. Ce sont *l'Information* et le *Presentment*.

Le grand Jury d'accusation se compose de douze hommes au moins et de 23 au plus, convoqués par le sheriff de comté pour statuer sur l'accusation.

A l'ouverture de l'audience le grand Jury prête serment, après quoi le président les invite (charge) à considérer l'indictment. Il se retire et examine alors cet indictment. S'il trouve (*prima facie case to go for trial*) l'accusation sérieuse, il déclare que l'indictment constitue un « true bill » sinon il déclare qu'il est « not a true bill » ; dans le premier cas la procédure continue, dans le deuxième l'accusé sera immédiatement libéré. Il faut remarquer que le grand Jury considère l'indictment du côté de l'accusation.

(1) Stephen's, t. IV, p. 206.

Arraignment

Après le verdict de *true bill* rendu par le grand jury, l'accusé est appelé à la barre pour répondre de son fait. L'accusé à la barre peut prendre l'une de ces quatre attitudes :

1° Il peut rester muet sans répondre ; dans ce cas le petit jury est appelé à constater s'il agit ainsi par maliginité. Dans ce cas il sera considéré comme plaidant non coupable ou par incapacité de comprendre ou de parler et dans ce cas, si on peut lui faire comprendre sa situation, un plea de non coupable sera aussi pris.

2° L'accusé peut avouer son crime, et dans ce cas la cour entreprendra la procédure nécessaire pour rendre son jugement. Le juge conseille souvent l'accusé de rétracter son aveu.

3° Il peut présenter des objections légales à l'indictment.

4° Enfin il peut plaider sa cause (Pleas).

Dans ce dernier cas il peut présenter un plea général ou un plea spécial. Par un plea général, il plaide simplement non coupable ; par un plea spécial il peut ou contester la compétence de la cour, (*plea to the jurisdiction*), contester que les faits indiqués constituent le crime allégué (*demurrer*) ou enfin présenter un *special plea in bar*, c'est-à-dire, se défendre contre l'accusation en demandant pardon, en justifiant ses faits, en prouvant qu'il a été déjà condamné pour les mêmes faits ou

enfin qu'il a été déjà jugé et acquitté (autrefois acquit).

Le « Nolle Prosequi »

Une fois que le grand Jury a rendu un verdict de « true bill », la procédure ne peut être arrêtée que dans deux circonstances : l'intervention d'un « nolle prosequi » ou le cas où il n'y a pas de preuves suffisantes (of offering no evidence). Le « Nolle Prosequi » est un warrant qui peut être rendu par « l'Attorney general », soit d'office, soit sur la demande de la partie qui exerce la poursuite, soit enfin à la requête de l'accusé.

L'acceptation ou le rejet de cette demande reste en général à la discrétion de l'Attorney general. Les cas dans lesquels le Nolle Prosequi intervient le plus habituellement sont ceux où l'acte incriminé constituant un simple « misdemeanor », le plaignant a déjà intenté une action civile, ceux où le plaignant acharné poursuit plusieurs fois une même personne à raison du même fait, ceux où l'accusation est évidemment frivole ou insoutenable.

La deuxième circonstance est celle où le poursuivant s'abstient de présenter aucune preuve contre l'accusé ; il agit de même suivant la circonstance sur quoi le jury acquitte l'accusé immédiatement (1).

(1) Stephen's, t. IV, p. 214.

Le Jury

Le « petty jury » contrairement au grand jury est appelé à rendre un verdict sur la culpabilité ou la non culpabilité de l'accusé. Il est guidé en cela par le juge. Le « petty jury » se compose de douze personnes de comté convoquées par le sheriff sur « precept » émanant du clerc de la justice de paix quand l'accusé paraît devant la cour de sessions trimestrielles, ou de la cour d'assises quand il paraît devant cette cour.

Certaines conditions sont exigées par le « Juries act de 1825 », pour être choisi comme jury. Le nombre de douze est nécessaire pour la validité du jugement sauf dans le cas où un ou deux jurés au plus meurent ou tombent malades pendant le débat ; dans ce cas les dix jurés restants peuvent continuer à siéger si les deux parties acceptent leur jugement.

Le droit de récusation.

Avant que le jury prête le serment, l'huissier avertit le prisonnier ou les prisonniers qui se trouvent à la barre qu'ils ont le droit de récuser le jury, que s'ils veulent s'en prévaloir, ils doivent le faire avant que le Jury prête serment.

L'accusé et la partie qui poursuit ont le droit de récuser tous les jurés convoqués pour cause de partialité notoire ou présumée du sheriff, sur le fait qu'il est parent ou ami de l'une des parties, ou qu'il a un intérêt quelconque dans l'issue du procès. Si l'autre partie n'accepte

pas la récusation, deux arbitres (triers) sont désignés pour examiner les motifs donnés.

Les deux parties peuvent d'un autre côté récuser sur indication des motifs un nombre illimité du jury. Le motif à invoquer peut être un défaut personnel ou une incapacité quelconque qui rend le jury incapable de juger.

L'accusé seul a le privilège de récuser péremptoirement (sans indiquer le motif) un certain nombre de jurés. En cas de félonies il peut récuser jusqu'à 20 jurés ; en cas de trahison il peut récuser jusqu'à 25 ; quant aux cas de « *misdemeanour* » ce privilège n'est pas accordé.

Le jugement

La formalité du serment étant accomplie, le greffier donne l'accusé en charge au jury. A partir de ce moment, la procédure ne peut pas être interrompue, sauf pendant la nuit.

L'accusé a le droit d'être présent pendant tout le temps que dure le procès ; néanmoins s'il était violent ou grossier, le juge pourrait le faire sortir.

L'ordre des débats :

Le débat s'ouvre par un « *speech* » du « *counsel* » adressé au jury. Les témoins à charge sont alors présentés, examinés, contre-examinés et re-examinés. Tous les témoins entendus à l'instruction doivent témoigner à l'audience, le « *prosecutor* » peut amener de nouveaux

témoins seulement dans ce cas, avis doit être donné à l'accusé.

La défense de l'accusé diffère suivant les cas :

1° *N'a-t-il pas de témoins à décharge ?*

Il peut, s'il n'a pas de défenseur présenter lui-même des témoignages soit en prêtant serment — et dans ce cas il pourrait être contre-examiné par l'autre partie — soit en qualité d'accusé — et dans ce cas sans contre-examen. Il pourra aussi assigner des témoins pour déposer quant à ses caractères. La partie qui poursuit n'a pas droit à la réplique.

S'il a un défenseur, l'accusé pourra toujours donner ses témoignages, après quoi la partie adverse pourra répliquer. Le défenseur de l'accusé prendra ensuite la parole.

2° *A-t-il des témoins à décharge ?*

Les témoins sont entendus, examinés, contre-examinés et re-examinés, après quoi le défenseur présente sa plaidoirie à laquelle le représentant de la couronne pourra répliquer. La dernière parole est donnée ici à la partie qui poursuit, contrairement au cas précédent dans lequel la dernière parole est donnée à l'inculpé.

A la fin des débats le juge résume au jury toute l'affaire, leur montrant la nature du crime commis et ses éléments essentiels, résumant les témoignages donnés en indiquant leur valeur et leur importance.

En ce qui concerne la loi il guide le jury, mais sur les questions de faits il le conseille seulement.

Le résumé donné, les jurés sont alors invités à rendre leur verdict ; ce verdict doit être rendu à l'unani-

mité ; si les jurés n'arrivent pas à s'entendre, ils seront renvoyés par le juge et un autre jury sera convoqué pour entendre l'affaire de nouveau.

Le verdict du jury peut être de quatre sortes :

1° « *General verdict* » : L'inculpé est déclaré coupable ou non coupable sur toutes les accusations.

2° « *Partial verdict* » : L'accusé est déclaré coupable en ce qui concerne certains actes mentionnés dans l'acte d'accusation et non coupable par rapport à d'autres.

3° « *Substituted verdict* » : Le jury trouve que l'accusé n'est pas coupable du crime désigné dans « l'indictment » mais coupable d'un crime non spécifié dans l'acte d'accusation.

4° « *Special verdict* » ; C'est le cas où le jury relève des faits comme étant certains et laisse le juge déclarer l'accusé coupable ou non d'après ces faits.

Après le verdict du jury, déclarant l'inculpé coupable il ne reste plus qu'à rendre le jugement. Le juge peut avant de le rendre et afin de déterminer la peine applicable, entendre des témoins sur le caractère de l'inculpé ou les arguments de l'inculpé ou de son défenseur pour obtenir la mitigation de la sentence. Les circonstances aggravantes, telles qu'une condamnation antérieure ou l'état de récidive, ne sont pas révélées au jury avant leur verdict. Mais une fois le verdict rendu, elles entrent en considération dans la détermination de la peine. Si l'inculpé nie ces circonstances elles seront prouvées devant le même jury.

Nous cédon's la parole, en terminant cette question, au

comte de Franqueville pour nous résumer les points principaux de la procédure pénale anglaise (1).

« Du reste peu ou moins de prison préventive, la liberté sous caution, établie comme un droit pour le prévenu; si ce n'est dans les cas expressément prévus par la loi ; point de ministère public, partout l'égalité la plus absolue entre l'accusation et la défense, point de mise au secret, point d'interrogatoire imposé aux accusés, point de dépositions reçues en dehors de leur présence, aucune entrave au droit de communiquer dès l'arrestation avec les avocats, une liberté absolue d'interroger les témoins, le droit de répliquer aux attaques, de ne point répondre aux questions, de récuser un nombre considérable ou même la totalité des jurés, un juge qui cherche toujours un innocent, redoute de trouver un coupable et met sans cesse l'accusé en garde contre lui-même, enfin l'unanimité du jury, nécessaire pour amener une condamnation ».

II

Le pouvoir du juge dans l'application des lois pénales

Les lois pénales anglaises qui étaient d'une extrême sévérité pour les criminels, frappant de la peine de mort tous les crimes sérieux et même le vol avec violence se sont considérablement adoucies et améliorées au cours du dix-neuvième siècle : résultat du changement des mœurs.

(1) Comte de Franqueville : *Les institutions politiques, judiciaires et administratives de l'Angleterre*, p. 183.

Les lois pénales actuelles sont plus humanitaires et plus en faveur de l'accusé. La peine de mort n'est plus admise que dans 4 cas : la haute trahison (high treason), le meurtre (murder), la piraterie avec violence (piracy with violence), le vol des munitions navales, « arton of naval storeyards ships dock yards, etc... » (1).

Nulle part, en effet, la loi n'offre plus de garantie, nulle part le juge chargé d'appliquer la loi n'a moins de pouvoir lorsqu'il veut user de sévérité. Le législateur établit avec soin le maximum des peines, il n'en fixe pas, en général, le minimum, limitant ainsi la repression, mais non la clémence (2).

Le juge anglais jouit dans l'application des peines d'un grand pouvoir. Une grande discrétion lui est laissée dans l'administration de la justice criminelle. Là où la peine prescrite est la servitude pénale, il pourra à sa discrétion, sauf disposition contraire, la remplacer par l'emprisonnement jusqu'à deux ans ; pour la peine d'emprisonnement, la loi n'a fixé que le maximum à deux ans laissant le juge libre d'exercer sa clémence suivant le cas ; la condamnation au fouet est aussi limitée seulement quant au maximum et non quant au minimum ; la condamnation aux amendes (fines), à la surveillance judiciaire, à la détention (détention dans une prison pendant 5 ans au moins et dix ans au plus d'un récidiviste après expiration de sa peine principale en cas « felony » or « serious misdemeanour »)

(1) B. E. L., p. 239.

(2) Comte de Franquéville: *Les institutions politiques, judiciaires et administratives de l'Angleterre*, p. 182.

restent tous à l'entière discrétion du juge. Enfin, pour les mineurs accusés des infractions indictables le juge peut à sa discrétion, dans le cas où l'accusé a moins de 16 ans l'envoyer soit dans une école de réforme (reformatory schools) soit dans une école industrielle (industrial schools) ou le confier soit à un parent (relative) soit à un « probation officer » ou enfin l'envoyer dans un endroit de détention (place of detention) spécialement aménagé pour recevoir les jeunes coupables. Dans le cas de jeunes coupables ayant commis des infractions punies par servitude pénale ou emprisonnement, le juge peut les envoyer dans un établissement spécial dit « Borstal institution » où ils apprennent les divers métiers (1).

Peut-être les pouvoirs les plus étendus conférés au juge sous ce rapport sont ceux connus sous les noms de « Recognizances » et « Probation ». Dans le premier cas (recognizances), la cour libère l'accusé en lui ordonnant de s'engager par écrit (bond) soit à apparaître devant la cour quand il en sera requis, soit à bien se conduire (good behaviour) soit tout simplement de ne pas troubler la paix (keep the peace). S'il manque à son engagement la somme indiquée dans le « bond » sera due à la couronne et la peine sera appliquée.

Le « Probation » : la cour en jugeant l'accusé coupable d'un acte « indictable » entraînant l'emprisonnement peut, à raison de sa santé, son âge, ses antécédents, sa mentalité, l'importance minime de l'infraction ou pour

(1) Children act 1908, Prevention of crimes act 1908.

toute autre circonstance (extenuating circumstances) l'acquitter à condition qu'il s'engage par un « recognizance » avec ou sans caution à avoir une bonne conduite (good behaviour) et à apparaître devant la Cour quand elle le demandera pendant une période déterminée qui ne peut pas dépasser 3 ans. La cour peut ainsi acquitter l'accusé ou le soumettre au contrôle d'un « probation officer » (1).

S'il manque à son engagement, il sera arrêté et aura à purger sa peine.

Pour mieux illustrer ce pouvoir discrétionnaire du juge nous donnons les exemples suivants (2) :

Le 24 novembre 1874 aux assises de Chester, comparait devant le jury une femme accusée d'avoir tué son époux. C'était une honnête créature que son mari maltraitait souvent. Un jour, ce dernier rentrant en état d'ivresse se met à la frapper et elle lui lance un couteau aiguisé, qui le tue. Les faits sont constants et le jury, comme c'est son devoir, rapporte un verdict de culpabilité mais le juge Brett s'abstient de condamner. Voici dans quels termes :

« Tout le bon droit était de votre côté, et tous les vrais torts de celui de votre époux. Dieu me garde de vous punir : je n'en veux rien faire, je ne veux même pas que quelqu'un puisse dire que vous avez été condamnée pour félonie. Une condamnation n'est complète que lors-

(1) B. E. L., p. 245.

(2) Nous les empruntons au comte de Franqueville : *Le Système judiciaire de l'Angleterre*.

que la sentence est rendue et je ne rendrai pas du tout de jugement. Je vous inviterai seulement à être votre propre caution, que vous vous présenterez, pour entendre prononcer votre sentence, si vous en êtes requise et personne au monde ne vous appellera jamais. A Dieu ne plaise que jamais on vous appelle » (Fr. T. II, p. 459).

Voici un autre exemple :

Le 24 septembre 1879, M. Welby Pugin, comparaît à la cour centrale criminelle devant le baron Bramwell. Le jury, à l'audience de la veille, l'a reconnu coupable d'avoir publié des écrits diffamatoires contre un architecte. Son avocat déclare qu'il admet la justice du verdict ; il assure la cour que son client éprouve un vif regret et s'abstiendra désormais de toute attaque. Le baron ne le condamne pas tout de suite, il l'acquitte sous caution. Voici le discours du Baron s'adressant à l'accusé :

« Prisonnier qui êtes à la barre, je me suis donné beaucoup de peine pour cette affaire, parce que je l'ai considérée comme fort importante. Nous avons eu de grands doutes sur la question de savoir si vous ne deviez pas être condamné sévèrement et je puis vous dire que nous avons pensé que vous méritiez un emprisonnement de 6 mois et une amende de douze mille cinq cents francs. Ce n'est pas assez que vous ayez fait réparation à celui qui vous poursuit, car les poursuites n'ont pas seulement pour but de protéger celui qui les exerce mais d'empêcher d'autres personnes, de commettre les mêmes délits en leur montrant la punition infligée à ceux qui sont reconnus coupables... Le cas

est très grave et très sérieux, parce qu'il ne s'agit pas seulement d'une diffamation publiée dans un moment de colère, mais d'une diffamation du caractère le plus sérieux, qu'elle émane d'un homme bien élevé, dont les paroles ont plus d'importance que celles d'un ignorant. Toutefois, je pense réellement que, dans l'intérêt du plaignant lui-même, dans votre intérêt et, je le crois aussi, dans l'intérêt du public, nous pouvons espérer que nous faisons mieux en ne prononçant pas actuellement une condamnation... Vous paierez naturellement les frais et nous ajournerons le prononcé de la sentence, moyennant que vous fournirez caution pour assurer votre comparution, si elle est requise, et pour assurer que vous demeurerez en paix et que vous vous conduirez convenablement. Fournissez cette caution, abstenez-vous de persécuter M. Herbert, et vous ne serez pas assigné pour entendre prononcer sentence contre vous, mais je vous préviens et je vous prie de me croire, que si vous recommencez les mêmes actes, vous serez amené ici et vous recevrez la condamnation que vous avez méritée ».

« *Le contempt of court* »

Une arme efficace est mise dans la main des cours de justice pour sauvegarder la dignité et le respect de la justice et pour assurer son administration parfaite. Cette arme est le droit donné au juge de condamner *brevi-manu* à une amende ou à l'emprisonnement toute personne qui manquerait de respect à la cour, qui désobéirait à ses ordres ou ferait obstacle au libre exercice de la justice : c'est l'institution connue en Angleterre sous le

nom de « contempt of court ». Le juge tenant dans ses mains ce pouvoir énorme fait marcher la procédure selon les principes de l'équité et de la justice. Il oblige les témoins à comparaître à la barre, à répondre aux questions qu'il juge utiles ; il exige la présentation des documents nécessaires pour la découverte de la vérité et enfin il oblige les parties à exécuter tous ses ordres et surtout les jugements. La personne désignée désobéit-elle à l'ordre de la cour, elle se verra de suite condamner sommairement à une amende ou à la prison, peut-être les deux à la fois, peine qui reste à l'arbitraire du juge (*fined or imprisoned during the pleasure of the court*) (1). Les cas dans lesquels les juges condamnent pour « contempt of court » sont très nombreux, nous n'aurons pas besoin ici de les énumérer tous. Tous ces cas tendent, en général, à rendre la justice aussi parfaite et aussi impartiale que possible.

Ce n'est pas seulement dans les cas d'une atteinte à la dignité de la cour commise pendant l'audience que celle-ci peut sévir, mais aussi dans les cas de toute intervention dans l'administration de la justice et de tout manque de respect envers la cour, même commis en dehors de l'audience. L'exemple le plus frappant de l'intervention de la justice est celui de délits de presse. Toute publication faite d'une façon préjudiciable au juste et libre exercice de la justice ou contenant une diffamation de la cour constitue un « contempt of court » dont l'auteur sera jugé et condamné sommairement.

(1) Stephen's, t. IV, p. 142.

ment à l'amende ou à l'emprisonnement au gré de la cour.

Nous avons vu au cours de notre étude des multiples applications de cette institution si puissante et si bien-faisante pour la cause de la justice.

SECTION TROISIEME

LA PREUVE EN DROIT ANGLAIS

« *The law of evidence* »

Nous avons éliminé pendant notre étude des règles de la procédure, la question de la preuve. Cette question, d'une importance considérable dans l'administration de la justice, mérite une étude à part, ce que nous essayons de faire ici.

Les règles concernant la preuve en droit anglais sont en majeure partie issues d'une longue et consciencieuse pratique judiciaire. Les cours de justice occupées pendant des siècles de l'application de la loi et de l'administration de la justice, ont constitué peu à peu un corps de « case law » bien établi concernant cette question (1).

Aujourd'hui la question de la preuve est régie par des règles bien établies ; la loi exige pour certains actes un mode spécial de preuve (exclusive évidence), dans d'autres cas, elle déclare inadmissible la preuve de certains faits, dans d'autres cas encore, elle déclare certaines preuves insuffisantes pour établir la vérité, etc.. Cependant une assez importante latitude est laissée à

(1) Stephen's, t. I, p. 219.

l'exercice de la discrétion du juge et du jury. Nous montrerons l'étendue de cette discrétion au cours de notre étude.

Le droit anglais, d'accord en cela avec le droit continental admet les deux modes principaux de preuves connues en général de tous les systèmes modernes de droit : la preuve écrite et la preuve testimoniale en donnant la préférence en général au premier sur le second.

La charge de la preuve incombe à celui qui allègue des faits nouveaux à moins que leur vérité n'en soit déjà admise par la partie adverse ou présumée exister par la loi. Le droit anglais connaît aussi bien les présomptions *irréfragables* applicables par exemple à la sentence judiciaire qui est présumée correspondre à la vérité, que certaines présomptions *réfragables* permettant la preuve contraire comme par exemple celle admettant l'innocence de l'accusé jusqu'à la preuve de son inculpabilité. Une règle importante concernant la question de la preuve est celle édictant que seuls les « *relevant facts* » peuvent être prouvés dans les cours de justice. Ce sont les faits qui se rapportent d'une façon intime à l'affaire en litige. Un fait qui n'a pas cette relation intime avec la question ne peut pas être prouvé. Sauf certains faits dont la loi défend expressément la preuve, la question de savoir si un fait peut ou non être prouvé, comme se rapportant à l'affaire, reste entièrement à la discrétion du juge ; remarquons le bien, c'est au juge et non au jury qu'appartient l'exercice de cette discrétion, cette question étant de droit et non de fait,

Les faits dont la loi défend la preuve sont les mauvais caractères de l'inculpé et ses crimes ou ses délits antérieurs. Cette règle comporte cependant des exceptions dont nous parlerons plus loin.

Après cet aperçu général, nous procédons maintenant à un examen séparé de chaque mode de preuve.

La preuve écrite :

L'acte écrit jouit en Angleterre d'une force probante plus forte que celle de la preuve testimoniale. La mise en écrit des faits, ou des accords, faite en même temps que leur accomplissement est sans aucun doute la meilleure preuve de la vérité.

Comme nous l'avons dit plus haut la loi exige que certains actes soient mis par écrit, aucune autre preuve n'est admise sauf la présentation de l'acte même. On peut citer de ces actes : le contrat pour le transfert d'un bateau (transfer of a ship), contrats d'assurance maritime, les effets négociables et d'autres actes encore spécialement indiqués par les différents statuts (1).

Certains autres actes doivent être contenus dans un « deed » (Un acte formel qui doit réunir les quatre conditions suivantes : écrit, signature, scellés, délivrance) (2). Ce sont les actes à titre gratuit, les contrats entre certaines personnes spécifiées par la loi, quelques autres contrats spécifiés aussi par les divers statuts, tels que le louage de terres pour une durée excédant trois ans, transfert des parts dans une société, etc...

(1) Stephen's, t. III, p. 155.

(2) Putting it into circulation and effect: I deliver this as my act and deed.

Tout acte écrit d'une valeur dépassant 5 livres est soumis à un droit de timbre ; il ne saura servir de preuve, s'il n'est pas timbré. Cependant l'acte non timbré ne sera pas nul pour cela ; il sera admis comme preuve si on paie, même tardivement le droit de timbre et en plus une autre somme déterminée, comme peine (1).

Un principe important de la preuve écrite qu'on nomme le « best evidence » (la meilleure preuve) veut que l'original et non une copie du document soit présentée chaque fois qu'on veut s'en servir comme preuve. Cette règle comporte cependant des exceptions. Le contenu des actes publics, par exemple, dont le transfert présente un risque quelconque peuvent être prouvés en justice par une copie ; il en est de même dans tous les cas où la copie constituerait la meilleure preuve possible. La meilleure expression de la règle de « best evidence » d'après ces explications serait celle formulée par un auteur M. Gilbert : « You shall not give evidence which shows that better is in existence ».

Une autre règle principale régissant la preuve écrite, est celle interdisant toute preuve testimoniale contre le contenu d'un écrit ou tendant à modifier son contenu. Cette règle n'est cependant pas absolue ; la preuve testimoniale est admise pour prouver qu'un écrit contient une fraude, qu'il a été obtenu par force ou contrainte, ou qu'il est contraire aux mœurs ou à l'ordre public ; la cour

(1) Stephen's, t. III, p. 155,

peut écarter de tels documents quoiqu'ils aient l'apparence de validité.

Il serait sévère d'interdire la preuve testimoniale dans tous les cas où les parties ont formulé leur accord dans un écrit. Tant que la loi n'exige pas un écrit pour un tel accord il n'est pas juste que les parties ne puissent prouver par témoins certains faits supplémentaires non contenus dans l'écrit. C'est que la loi a admis. Dans le cas où l'écrit n'est pas exigé par la loi, les parties peuvent prouver par témoins quelques détails secondaires non compris dans l'acte pourvu que ces détails ne soient pas contradictoires avec les termes de cet acte, il n'en est cependant pas de même si les parties ont voulu que le texte de l'acte soit exclusif. Dans le cas où l'écrit, à cause de certaines « ambiguity » dans ses termes, ne représente pas la véritable intention des parties, la cour peut entendre des témoins pour établir cette intention et rectifier ensuite l'écrit, de sorte qu'il corresponde désormais à leur véritable intention. Pour que cette rectification soit admise, il faut :

a) que l'erreur soit mutuelle, c'est-à-dire que les deux parties soient en erreur, ou l'une seulement pendant que l'autre en a profité en connaissance de cause,

b) qu'il y ait déjà un accord entre les parties qui a été mis ensuite en écrit.

Pour terminer cette question de la preuve écrite, nous devons remarquer que la cour peut obliger l'une ou l'autre des parties à produire des documents qui se trouvent en sa possession et qui concernent l'affaire en litige, même si ces documents contiennent une preuve contre la partie qui doit le présenter.

La preuve testimoniale

Le mode de preuve le plus fréquent et qui présente à nos yeux des traits caractéristiques fort intéressants est celui de la preuve par témoins. Des règles particulières non connues du droit continental régissent en Angleterre ce mode de preuve.

La capacité de témoigner :

Nombreuses étaient, autrefois, les personnes non admises à témoigner. Toute personne ayant un intérêt, si minime soit-il dans une affaire quelconque, ne pouvait pas témoigner. Les parties, dans un procès civil ou criminel, ne pouvaient pas non plus témoigner. Cet état de chose a, depuis longtemps, disparu. Aujourd'hui, toute personne capable de comprendre la gravité d'un faux témoignage ou même simplement qui comprend la nécessité de dire la vérité est bien admise à témoigner après serment ou affirmation dans tout procès. Un enfant capable de comprendre la différence entre le mensonge et la vérité peut aussi bien témoigner que tout autre, ce témoignage ne peut cependant pas à lui seul fonder un jugement ; une corroboration par un autre fait matériel lui est nécessaire. Les litigants dans un procès civil et l'accusé dans une poursuite criminelle peuvent aussi témoigner dans leurs propres causes.

La véracité du témoignage est assurée par trois sortes de garanties.

1^o Tout d'abord par la formalité du serment que chaque témoin doit prêter (sauf quelques rares exceptions).

Aucune forme du serment n'est imposée ; une simple affirmation de dire la vérité est suffisante.

2° Par une pénalité édictée contre le parjure qui peut aller jusqu'à 7 ans de servitude pénale.

3° Enfin, et en troisième lieu, les témoins sont soumis à un triple contrôle : un examen par la partie qui les a convoqués ou son avocat (*examination in chief*), un contre-examen par la partie adverse (*cross examination*) et un deuxième examen par la partie qui l'a convoqué (*re-examination*). Dans tous ces examens et contre-examens, les parties ou leur avocat posent au témoin, sous la surveillance du juge, les différentes questions qu'elles jugent concluantes en leur faveur, auxquelles le témoin (sauf dans quelques cas exceptionnels, telle qu'une question tendant à l'incriminer ou à dévoiler un secret professionnel) doit répondre. La partie adverse peut lui poser des questions tendant à le discréditer ou à montrer qu'il a un mauvais caractère ou qu'il a déjà été condamné. Le rôle du juge pendant tous ces examens est assez important. Il doit suivre attentivement toutes les questions et intervenir au besoin pour arrêter une question inadmissible ou admettre une question qu'il trouve fondée. Dans l'« *examination in chief* » la partie ou son avocat ne doit pas poser des questions qui suggèrent au témoin la réponse à donner, et toutes les questions qu'il pose doivent avoir rapport à l'affaire en cause (*relevant*). Dans le contre-examen, au contraire, plus de latitude est donnée à la partie adverse qui peut, poser des questions qui n'ont pas de rapport avec l'affaire en litige pour le seul but de jeter le discrédit

sur le témoignage donné. Cependant, même dans le contre-examen, certaines questions sont inadmissibles (1). Le jury guidé par le juge apprécie la valeur des divers témoignages. Sauf quelques rares exceptions que nous rencontrerons tout à l'heure, le jury peut se contenter d'un seul témoin dont le témoignage lui inspire la conviction nécessaire pour juger.

Les exceptions auxquelles nous avons fait allusion sont au nombre de quatre.

1° Pour les cas de trahison et de blasphème, la loi exige deux témoins, au moins. En cas de parjure, et dans le cas où le témoin est un enfant, le témoignage doit être corroboré pour pouvoir fonder un jugement.

L'accusé dans un procès criminel peut, aujourd'hui, comme nous l'avons déjà indiqué, présenter des témoignages dans sa propre cause, sous serment et sujet à être contre-examiné par la partie adverse ou son avocat. Il peut aussi présenter des témoignages en sa qualité d'accusé et sans serment; dans ce cas il ne pourra pas être contre-examiné.

En ce qui concerne la preuve des caractères ou des infractions qu'il a pu commettre, la situation de l'accusé diffère de celle du témoin. Pour le témoin la preuve de ses mauvais caractères, ou de ses crimes qu'il a commis est, comme nous l'avons vu, admise pour jeter le doute sur son crédit. Au contraire, pour l'accusé, le principe général est qu'on ne peut pas présenter de témoignages concernant ces mauvais caractères ou ces

(1) Stephen's, t. I, p. 224.

crimes précédents. Cette règle est basée sur le raisonnement suivant. L'accusé est poursuivi devant la justice, non pour ses mauvais caractères, ses penchants criminels, ou ses crimes commis auparavant, mais pour un crime déterminé.

Il est seulement permis de prouver les faits qui se rapportent à ce même crime (relevant facts), les faits dont la preuve contribue à l'affirmation de l'infraction même, ou facilite cette preuve. Aussi la loi permet-elle la preuve des crimes précédents de l'accusé dans le cas où cette preuve aura certains effets sur la confirmation du crime en question (when such evidence is in fact relevant to prove the commission of the present offence) (1).

« Le criminal evidence act de 1898 » admet à titre d'exception, la preuve des mauvais penchants ou des crimes précédents de l'accusé dans les deux cas suivants :

Premièrement : Dans les cas où l'accusé veut se prévaloir de son bon caractère et de ses qualités, soit en s'en prévalant dans sa défense ou en posant à ses témoins des questions tendant à leur faire apprécier son bon caractère. Le plaignant aura, dans ces cas, le droit de montrer à son tour les mauvais caractères ou les crimes précédents de l'accusé pour combattre son argument. Il aura le même droit au cas où l'accusé attaque son caractère ou celui de ses témoins pour tirer avantage dans sa défense.

Deuxièmement : Dans le cas où un accusé donne des

(1) Stephen's, t. IV, p. 170.

preuves contre un autre, accusé de la même infraction que lui. Cet autre, ainsi que le plaignant, auront le droit dans tels cas de prouver le mauvais caractère ou les infractions précédentes de l'accusé, « reputation ».

Telle est la règle et ses exceptions, règle particulière au droit anglais et inconnue dans le continent où on est habitué à entendre dans tous les procès criminels et même civils des plaidoyers ne contenant parfois que des attaques acharnées contre l'accusé, présentant l'histoire de sa vie, en relevant les faits les plus éloignés et les plus superflus, pour prouver sa culpabilité ou, au contraire, traçant l'histoire d'une vie paisible et tranquille, allant jusqu'à démontrer le mérite de sa famille, les grands services rendus par celle-ci et par l'accusé lui-même pour démontrer que l'accusé est innocent ou que, c'est dans des circonstances extraordinaires qu'il a commis sa faute et qu'il mérite la bienveillance de la justice. La règle du droit anglais est inspirée sans aucun doute par un esprit de clémence et de bienveillance envers l'accusé. Cet esprit domine, d'ailleurs, toute la loi pénale et la loi de la procédure anglaise. Est-il une preuve plus tranchante de cet esprit que cette règle qui veut qu'aucune contrainte, aucune menace, aucune promesse de récompense ou d'exemption, ne doive être exercée pour tirer un aveu d'un accusé quelconque ; l'aveu donné après une menace aussi inefficace soit-elle, telle que « Vous devez dire la vérité ou cela ira mal pour vous » suffit pour annuler l'aveu obtenu. Une autre règle encore de la procédure qui est pour étonner au plus haut degré l'esprit français, est celle qui veut que le juge adresse

la parole suivante à l'accusé. « Ayant entendu les témoignages, désirez-vous dire quelque chose, en réponse à l'accusation ? Vous n'êtes obligé de rien dire, à moins que vous ayez le désir de le faire, mais tout ce que vous direz sera recueilli, par écrit, et pourra être produit en témoignage contre vous, lors de votre jugement. Et vous devez aussi savoir que vous n'avez rien à espérer d'aucune promesse ou faveur, ni rien à craindre d'aucune menace, qui pourrait vous avoir été faite, pour vous engager à avouer votre culpabilité, mais que tout ce que vous pourrez dire maintenant pourra être produit en témoignage contre vous, lors de votre jugement malgré toute promesse ou menace ». Nous avons même vu que le juge déconseille souvent l'accusé qui veut avouer son fait.

Revenons à notre règle, que pense-t-on de sa valeur ? J'hésite un peu quand il s'agit de donner la préférence à l'une ou à l'autre de ces deux règles, celle en vigueur en Angleterre et celle en pratique en France ; mais réflexion faite, il me semble que je donnerais la préférence à celle pratiquée en France. L'intérêt de l'accusé ne doit pas être le seul qui nous préoccupe. Il y a l'intérêt de la société, plus important, qui demande que toute infraction soit punie. L'inculpé qui comparaît en justice, s'il est criminel endurci, un homme de mauvais penchants, oisif et dangereux, il ne serait que juste de révéler ces faits au jury. Il appréciera la preuve donnée sous la lumière de la capacité criminelle qu'il connaît de l'homme qu'il a devant lui. La justice aura tout à gagner et rien à perdre de cette révélation. Au contraire, quel

danger résulterait-il dans la société, si l'on regardait un tel accusé avec l'œil qui regarde un homme paisible et laborieux qui a péché par hasard, si j'ose dire par malheur, ou dans un moment de folie ou de fureur.

Présenter les accusés à la justice tels qu'ils sont, avec leurs qualités et leurs défauts, permettra au jury et au juge de les juger en connaissance de cause et de rendre la justice la plus parfaite.

« *Hearsay Evidence* »

Il est une règle très importante de la preuve testimoniale en droit anglais qui mérite notre attention.

Le principe général en Angleterre est qu'un témoignage fondé sur un ouï-dire (*hearsay*) ne peut pas être accepté en justice. Précisons un peu le sens de cette règle. Un témoignage rapporté par A attestant qu'il a entendu B dire qu'il a vu C voler l'argent de D, ne serait pas accepté comme preuve du vol contre C, parce que, disent les auteurs anglais, la sincérité de ce témoignage ne serait pas assurée par les trois garanties édictées par la loi ; B qui est le vrai témoin étant absent, n'aurait pas prêté le serment, ne tomberait pas sous le coup de la loi pénale en cas de parjure et ne serait pas soumis à l'examen et au contre-examen des parties. Ce témoignage de A serait donc admis comme preuve que B a dit qu'il a vu C voler, mais non comme preuve contre C. Telle est la portée exacte de cette règle.

Le droit anglais admet certaines exceptions à cette

règle dont nous mentionnons les deux plus importantes.

1° Les déclarations (*statement*) qui accompagnent l'accomplissement même de l'infraction à un tel degré, qu'elles constituent une partie « *of the Res Gestæ* » peuvent être prouvées en justice par « *hearsay* » ou ouï-dire.

Cette exception est beaucoup trop flottante ; la question de savoir si le « *statement* » constitue ou non une partie intégrante de l'infraction est toute relative ; la discrétion du juge y joue un rôle non sans importance.

Dans *R. V. Bedingfield* (1), par exemple, il a été prouvé que la morte avec sa gorge coupée est sortie d'une chambre et a dit certaines paroles, quelques minutes avant de mourir. Le juge Cockburn n'a pas voulu accepter ces paroles comme preuve contre l'accusé, parce que, dit-il, « elles ne constituent ni une partie de quelque chose faite, ni quelque chose dite pendant qu'une chose a été faite ». (*for it was neither part of anything done, nor was it something said while something was being done*).

D'un autre côté, dans *R. V. Foster* (1834) 6, C. & P. 325) un « *statement* » fait par une personne immédiatement après son attaque par une voiture, concernant la cause de ce qui lui est arrivé, a été admis comme preuve dans la poursuite pour meurtre contre le cocher. (*driver*).

(1) 14 Cox, 341.

2° La deuxième exception est celle concernant les dépositions d'un mourant (dying declarations). Ces dépositions sont admises dans la preuve sous deux conditions :

a) Il faut que ces dépositions soient présentées dans le jugement de la personne accusée du meurtre de leur auteur et quelles soient relatives à la cause de la mort.

b) Il faut que l'auteur de ces dépositions les ait faites au moment où il avait la certitude de mourir (1).

SECTION QUATRIEME

LA PROTECTION DES MINEURS EN DROIT ANGLAIS (2)

L'une des plus belles missions du juge anglais est celle de protéger les intérêts des incapables ; non seulement le juge se borne à liquider les litiges dans lesquels un mineur serait partie, mais aussi il leur tend une main protectrice, en surveillant leurs tuteurs, sanctionnant les abus ou les négligences que ceux-ci peuvent commettre envers les mineurs, et enfin en donnant aux tuteurs des directives à suivre dans l'accomplissement de leur mission.

Il n'entre pas dans mon plan de discuter la valeur du système que laisse au pouvoir judiciaire cette mission, mon but dans cette étude est tout autre, mais je

(1) Stephen's, t. IV, p. 178.

(2) Eversley : *Law of domestic relations* ; Fère (Victor) : *Le mineur, sa condition générale et sa capacité contractuelle en droit anglais*, thèse Paris, 1923.

puis cependant affirmer que le pouvoir judiciaire est sans nul doute le mieux qualifié pour tenir le haut contrôle dans un système de protection des incapables.

Je n'entends pas ici étudier la tutelle anglaise dans son ensemble ; mon but est tout simplement de faire ressortir le rôle que jouent les cours de justice en Angleterre dans la protection des mineurs. J'aurais donc à parler tout d'abord de la nature et des différentes sortes de tutelle, et ensuite de l'action des cours de justice dans ce domaine.

Les enfants anglais sont soumis au régime de tutelle jusqu'à l'âge de leur majorité fixée à vingt et un ans. Le tuteur en droit anglais (*guardian*) n'est pas considéré tel qu'en France, comme un représentant du mineur qui accomplit les actes juridiques en son nom (du mineur) mais au contraire un « *trustee* » qui doit agir en son nom propre (du tuteur) et à ses risques, n'engageant nullement la responsabilité du mineur ou son patrimoine. La tutelle en droit anglais est ainsi un « *trust* » ; le tuteur est le « *trustee* » et le mineur est le « *cestui que use* » ou le bénéficiaire ; elle est cependant un « *trust* » d'un caractère particulier puisqu'elle s'étend non seulement au patrimoine, mais aussi à la personne même du mineur avec des obligations spéciales d'éducation et d'entretien, etc...

Toutes les lois concernant le *trust* s'appliquent dans cette matière de tutelle. La tutelle est par conséquent une obligation et un devoir qui s'imposent au tuteur et dont il doit s'acquitter consciencieusement sans penser à en tirer aucun profit. « *It is one of obligation and duty*

and not of speculation and profit ». (Eversley p. 606).

Des multiples sortes de tutelles ont été autrefois en usage en Angleterre ; les divers statuts en ont abrogé quelques-unes, d'autres sont tombées en désuétude. Aujourd'hui les tutelles existantes sont au nombre de cinq :

1° La tutelle légale est celle des parents qu'on appelle « natural guardians ».

2° La tutelle testamentaire :

Aujourd'hui et d'après le « Guardianship of infants act » de 1925, les père et mère, ont un droit égal de nommer pour leurs enfants un tuteur par un acte formel ou par testament (deed or will) Le tuteur désigné par le père ou par la mère assumera la tutelle de l'enfant conjointement avec l'autre parent survivant, à moins que celui-ci ne s'y oppose ; dans ce cas, la cour de chancellerie décidera en considération de l'intérêt de l'enfant, si le tuteur sera maintenu avec le parent ou non. Le tuteur testamentaire exercera sa fonction comme tous les autres tuteurs sous le contrôle de la cour de chancellerie.

3° La tutelle « *in socage* » :

C'est une ancienne forme de la tutelle de « common law » peu usitée aujourd'hui qui fonctionnait en cas de mineurs au-dessous de quatorze ans ayant un « legal estate ».

4° Tuteur désigné par l'enfant lui-même :

L'enfant en atteignant l'âge de quatorze ans aura le droit de choisir lui-même un tuteur pour remplacer celui « *in socage* ». Il en est de même dans le cas où

l'enfant n'a pas eu un tuteur « in socage » ou testamentaire.

5°. Tuteur nommé par les cours de justice.

Dans un cas exceptionnel, où un mineur est nommé seul exécuteur testamentaire, la Cour de Probate (Court of Probate), aura le droit de désigner un tuteur pour le mineur. En dehors de ce cas, le pouvoir général, de nommer au besoin, des tuteurs pour se charger de l'intérêt des mineurs, et de les contrôler appartient à la Cour de chancellerie.

Les cas où la Cour de Chancellerie aura à nommer des tuteurs sont multiples ; en général elle exerce ce droit chaque fois que l'intérêt du mineur l'exige. D'abord, lorsque le mineur n'a ni tuteur légal, ni tuteur testamentaire, puis lorsque les tuteurs désignés refusent, et enfin lorsque les tuteurs en exercice doivent être destitués ou remplacés pour une cause quelconque. La Cour désignera aussi un tuteur à l'enfant pour telle mission déterminée, pour donner, par exemple, son consentement au mariage de l'enfant (1), pour accomplir certains travaux d'amélioration de terre (2).

Dans l'exercice de ce pouvoir, la Cour sera guidée par le seul intérêt de l'enfant. Elle peut destituer de sa fonction, un tuteur testamentaire, un tuteur « in socage » ; désigné par l'enfant, voire même un tuteur légal, si elle le juge nécessaire. Dans son choix du tuteur, elle jouit d'une discrétion absolue ; une seule considéra-

(1) 15 et 16 Geo. V. c. 45.

(2) Improvement of lands act, 1864.

tion doit la préoccuper, celle du bien-être de l'enfant (1).

(The court in choosing guardians will be guided entirely by the interests of the ward. The court is to regard the welfare of the infant as the first and paramount consideration). Le tuteur nommé par la Cour devient un de ses officiers, responsables devant elle de tous les agissements et devant recourir au besoin aux conseils de la Cour.

LA COUR DE CHANCELLERIE ET LA PROTECTION DES MINEURS

Sauf dans certains cas exceptionnels où les juridictions sommaires — en cas de délits ou crimes commis par les tuteurs — ou la division de Probate de la Haute-Cour — en cas où il y a devant elle une instance en divorce ou autre procès relatif aux relations matrimoniales — auront le pouvoir de destituer le tuteur en exercice et d'en nommer un autre, la seule juridiction ayant tout le pouvoir en ce qui concerne la protection des mineurs est celle de la « Court of Chancery ».

Nous savons maintenant que les rapports entre tuteur et mineur sont ceux d'un « trustee » et d'un « cestui que trust », et nous savons d'un autre côté que la question du « trust » est malgré les dispositions de « judicature act » réservé en pratique à la division de la chancellerie (le trust, comme nous le savons, est une création

(1) Eversley, p. 626, 627; Beattie V. Johnstone, 10 Cl. and F., 42; 40 et 50 Vict. C. 27, ss., 613.

de la Cour d'équité). Il n'est donc que très naturel que les intérêts des mineurs soient mis dans les mains de la division de chancellerie de la Haute Cour.

Quels sont donc les moyens dont dispose la cour de chancellerie pour protéger les mineurs?

La cour jouit d'abord d'un moyen de contrôle général sur tous les tuteurs quels qu'ils soient, parents, tuteurs testamentaires, in sôcage, ou désignés par les mineurs ; ensuite elle exerce un contrôle plus direct, plus serré, sur la tutelle du « ward of court ».

En ce qui concerne le contrôle général, il se borne à surveiller la conduite du tuteur, en le destituant, si la cour le juge nécessaire et en en nommant un autre de son choix. Son contrôle n'est pas pour cela moins efficace. Les cas d'intervention de la cour dans l'exercice de la tutelle sont illimités.

Le tuteur doit s'acquitter convenablement de ses obligations de « trustee » ; la cour surveillera son administration de patrimoine en trust. Si le tuteur manque à son devoir de « trustee » il sera exposé à l'application d'une peine ou à être destitué par la cour de chancellerie, selon le cas.

En ce qui concerne la personne du mineur, le tuteur agit toujours d'après ses idées personnelles pour assurer l'éducation et la garde de l'enfant, mais toujours sous le contrôle de la cour. Si les tuteurs nommés pour le mineur sont en désaccord sur l'éducation de l'enfant, la cour aura, sur la demande de l'un d'eux, à intervenir et à imposer à son gré la nature de l'éducation que l'enfant doit recevoir. Elle respecte généra-

lement en cela, le désir exprimé du père ou de la mère, mais elle n'y est pas obligée.

La cour interviendra aussi chaque fois que l'intérêt de l'enfant le demande. Le tuteur gère-t-il mal le patrimoine du mineur, maltraite-t-il l'enfant où est-il jugé non capable de conduire à bien cette mission délicate, la cour interviendra, le révoquera, et en nommera un autre à sa place. Tout acte préjudiciable à l'intérêt ou à la personne du mineur, toute menace même, de préjudice donnera lieu à l'intervention de la cour pour sauvegarder la personne et les intérêts du mineur. Toute personne peut signaler à la cour tout incident de la tutelle dont est résulté ou résultera un préjudice quelconque au mineur, la cour agira en conséquence. Le pouvoir de destitution et de nomination du tuteur reconnu à la cour ne connaît qu'une seule limite, celle de l'intérêt de l'enfant et son bien-être matériel et moral (1).

Dans le cas de « ward of court », nous l'avons dit, la protection que confère la cour de chancellerie aux mineurs est plus directe. Avant de montrer la genèse de cette protection nous devons expliquer ce qu'on entend par le « Ward of court ».

Le « Ward of court » est tout mineur auquel un tuteur est déferé par la cour ou dont un acte de procédure concernant la personne ou le patrimoine est soumis à la cour (2).

(1) Eversley, p. 638.

(2) Stephen's: *Commentaries*, t. I, p. 304.

Le « Ward of court » a droit au soin particulier de la cour (under the particular care of the court) (1). Son tuteur devient un officier de la cour.

En pratique et d'une façon générale, seuls les mineurs qui ont quelque patrimoine peuvent devenir « Ward of court » ; la protection particulière de la cour conférée au « Ward of court » ne serait efficace que s'il y a avait un patrimoine de l'administration duquel elle se charge. La protection générale de la cour, en qualité de délégué de la couronne est néanmoins toujours assurée aux mineurs bien qu'ils n'aient aucun patrimoine.

La cour, en ce qui concerne, ses « wards » assume leur protection effective ; les tuteurs ne sont plus que ses officiers qui ne peuvent agir que suivant les directions données expressément ou tacitement par la cour. Tout acte fait sans qu'il y ait eu recours à cette direction expresse ou tacite de la cour constituerait un « contempt of court » puni de l'emprisonnement.

La cour statue sur l'éducation à donner à l'enfant, sur la religion qu'il doit adopter et enfin sur le genre de vie qu'il doit mener. Elle détermine la somme d'argent à dépenser pour l'éducation, le maintien et pour les autres besoins de l'enfant.

Le tuteur du « ward of court » doit suivre strictement les ordres de la cour sous peine d'emprisonnement pour « contempt of court ». Il doit tenir la cour

(1) Eversley, p. 823.

par des rapports successifs sur l'état et les conditions d'existence de l'enfant. Les tuteur ou parents du mineur ne peuvent pas le marier sans la permission de la cour. Celle-ci ne donnera son consentement qu'après s'être assurée que les conditions du mariage sont favorables pour le mineur, que les époux sont d'âge égal, d'une fortune égale, et d'un même rang social. Marier un mineur sans le consentement de la cour constitue un grave « contempt of court ». Toute personne qui aura pris part à la conclusion du mariage sera condamnée pour « contempt of court ».

La tentative même de conclure le mariage d'un « ward of court » sans la permission de la cour constitue un « contempt of court » aussi bien que la conclusion du mariage lui-même.

La cour en apprenant qu'un projet de mariage se prépare clandestinement pourra intervenir et interdire par une « injunction » non seulement la conclusion du mariage mais aussi toute communication entre les conjoints.

Le consentement de la cour est donc indispensable pour le mariage d'un « ward of court » ; le consentement de parents ou du tuteur testamentaire ne permet pas d'en passer outre (1).

Il est interdit aussi sous peine d'emprisonnement pour « contempt of court » de transférer le « ward of court » sans permission, en dehors de la juridiction de la cour. La surveillance de la cour ne serait pas possible

(1) Wellesly V. Duke of Beaufort, 2 Russ. 1. 28.

si on pouvait éloigner impunément le « ward of court » en dehors de sa juridiction.

La cour de chancellerie qui n'autorisait autrefois le transfert du domicile du « ward of court » en dehors de sa juridiction qu'en cas de nécessité, accorde aujourd'hui cette autorisation plus facilement dans des cas de simple convenance ou d'agrément. Elle permet au père, à la mère ou au tuteur devant partir pour l'étranger d'emmener le « ward of court » avec eux ; elle autorise facilement un voyage d'étude ou d'agrément à l'étranger, etc.... Dans tous ces cas, la cour, avant de donner son autorisation, prend les mesures nécessaires pour sauvegarder l'intérêt du mineur et pour assurer son bien-être. Elle nomme souvent un tuteur adjoint, demeurant dans sa juridiction qui reste responsable devant elle de l'exécution de ses ordres.

La cour de chancellerie est donc en vérité le tuteur vigilant et bienveillant de « ward of court » et le protecteur délégué par la couronne de tous les mineurs anglais.

SECTION CINQUIEME

LE ROLE CONSTITUTIONNEL ET ADMINISTRATIF DU POUVOIR JUDICIAIRE

Les Tribunaux, chargés de rendre la justice à tous, et d'appliquer la loi, sont aussi par leur situation même les gardiens désignés de l'efficacité de la loi. Se conformer aux dispositions de la loi est le devoir de tous ;

les pouvoirs publics y sont astreints aussi bien que les particuliers. La loi est suprême ; elle s'impose aussi bien aux gouvernants qu'aux gouvernés et ce sont les cours de justice qui tiennent dans leurs mains cette autorité de la loi contraignant tout le monde à s'y conformer. Les tribunaux anglais contrôlent ainsi tous les actes du pouvoir administratif et aussi de tout pouvoir législatif autre que le Parlement.

Nous avons déjà examiné le contrôle qu'exercent les tribunaux sur la légalité de « subordinate legislation » et nous avons suffisamment parlé de la suprématie du Parlement, ces actes n'étant susceptibles d'aucun contrôle ; nous ne reviendrons pas sur cette question.

Il nous reste à examiner ici l'action de la justice sur l'administration anglaise.

Signalons tout d'abord que la juridiction administrative telle qu'elle est connue en France n'existe pas en Angleterre. Les tribunaux anglais ordinaires connaissent tous les litiges qui sont attribués en France aux tribunaux administratifs :

Le contrôle des tribunaux sur l'administration s'exerce de deux façons différentes : d'abord au moyen de la juridiction ordinaire des tribunaux qui s'étend comme nous l'avons dit à toutes les autorités administratives sans exceptions, et ensuite au moyen de cette arme puissante laissée aux mains de la justice qui est « The Prerogative writs ».

I

La juridiction des tribunaux sur les pouvoirs publics

Si la juridiction de tribunaux ordinaires s'étend en Angleterre sur tous les litiges qui mettent en cause l'état ou les autres pouvoirs publics subordonnés, il ne s'ensuit pas de cela qu'on peut, aussi facilement qu'en France, assigner en justice une autorité administrative quelconque.

La couronne ne peut en principe être assignée en justice, ni en sa qualité privée, ni en sa qualité publique. C'est seulement à l'aide d'une pétition de droit adressée à la couronne et gracieusement acceptée par elle, qu'on peut introduire une action contre elle devant les tribunaux. Encore faut-il que l'action soit civile, non basée sur une faute (tort) attribuée à la couronne pour que cette pétition soit admise. Le principe général au terme duquel : « Le roi ne peut commettre aucune faute » (*The King can do no wrong*) s'oppose à ce que la couronne soit assignée en justice même par une pétition pour une faute qu'elle peut avoir commise.

Le tribunal reconnaît-il le bien fondé du procès intenté contre la couronne, sa décision ne pourra être exécutée par les voies d'exécution ordinaires. Satisfaction sera donnée au plaignant à l'aide d'un crédit voté par le parlement dans ce but (1).

(1) *The Petition of Rights act 1860.*

Les fonctionnaires placés directement sous les ordres de la couronne, (*Servants of the crown*), tels que les Ministres, sont présumés agir, dans leurs rapports civils contractuels, au nom de celle-ci et ne peuvent par conséquent, être assignés en justice ; n'étant pas personnellement responsables de ces actes, seule une pétition de droit dans ce cas est admise contre la couronne (1). En dehors de ces deux cas, la juridiction des tribunaux anglais sur l'administration et les fonctionnaires ne connaît aucune entrave.

S'agit-il d'un procès criminel, la responsabilité du fonctionnaire, quel qu'il soit est absolue (2). Il ne peut se défendre en alléguant l'ordre de ses supérieurs. L'autorité du tribunal est complète. Voici un exemple qui expliquera mieux ces affirmations. Un journaliste, M. Simms, ayant été bousculé par S. A. R. le Due de Cambridge, cousin de la Reine et commandant en chef de l'armée, avait voulu l'assigner devant le tribunal de police de « Bow street ». Le juge ayant refusé l'assignation, par la raison qu'il n'y avait pas de motif sérieux de plainte, M. Simms s'adressa à la haute cour, pour obtenir un « *mandamus* » ordonnant au magistrat de faire lancer l'assignation et de juger l'affaire. Le cas étant soumis à une chambre divisionnaire de la section du banc de la reine, le lord chef justicier d'Angleterre, d'accord avec son collègue fit droit à la demande. « Il est très important, dit-il, que le peuple de ce pays voie

(1) *Macbeath V. Haldimand* (1786), 1. T. R. 172.

(2) *Feather V. Reg.* (1865), 6 B and S. 257.

et sache qu'aux yeux de la loi tous les sujets de S. M. quels qu'ils soient, sont sur un pied de parfaite égalité, et que les juges du pays, siégeant dans l'une des cours supérieures, ou dans une cour de police, sont forcés de rendre la justice et de la rendre impartialement (1).

S'agit-il d'un procès civil concernant des autorités publiques ou des fonctionnaires autres que ceux placés directement sous les ordres de la couronne, les tribunaux jugeront les litiges les concernant comme tous autres litiges ordinaires.

Un contribuable peut ainsi se plaindre de ce que les fonds du comté ou du bourg soient employés à des dépenses non justifiées ; les tribunaux interviennent pour condamner, s'il y a lieu, les juges de paix ou le conseil communal, à rembourser les sommes ainsi payées à tort.

Une autorité locale, qui est tenue, aux termes de la loi, de payer certaines dépenses et qui refuse de les acquitter ou de voter une taxe spéciale pour obtenir les fonds nécessaires, peut être assignée si elle résiste à l'injonction sous forme de « mandamus » qui lui est adressé ; les membres qui ont voté contre l'ouverture de crédit ou se sont abstenus, sont admonestés et, s'ils persistent, condamnés à l'emprisonnement pour mépris des ordres de la cour.

Au lieu d'intenter une action pour dommages-intérêts contre une autorité publique, pour le dommage qu'elle peut lui causer, ou en intentant cette action, le plaignant

(1) Fr. t. I, p. 63 : audience 21 juin 1889.

peut demander à la cour de rendre une injonction ordonnant à cette autorité de cesser l'acte dommageable (1).

II

« *The Prerogative Writs* »

L'action de la justice sur l'administration nous apparaît plus directe et plus étrangère à l'esprit français par l'emploi de « prerogative writs ». Ce sont des ordres donnés par la haute cour auxquels l'administration ou toute autre autorité publique doit obéir sous peine d'emprisonnement pour « contempt of court ». Ces « Writs » sont de plusieurs sortes ; nous nous occupons ici seulement du « writ d'Habeas Corpus » et de celui de « Mandamus » ; nous mentionnons simplement au passage celui de Prohibition et celui de Certiorari.

Le Writ d'Habeas Corpus (2) :

Ce writ dans les mains de la haute cour de justice, constitue une garantie précieuse de la liberté personnelle. Il est employé dans tous les cas de détention illégale d'une personne, par une autre ou par une autorité publique quelconque. Il peut être adressé par exemple au gouverneur de la prison où il y a un détenu qui n'a pas été confié à la justice pour être jugé. Il est accordé en général

(1) Stephen's: *Commentaries*, t. IV, p. 538 et suiv.

(2) M. Baudouin le définit ainsi : « ... une ordonnance émanée d'une cour supérieure ou d'un de ses juges, à la requête d'un individu qui se croit détenu arbitrairement ou illégalement et adressée à l'auteur

par une cour divisionnaire de la division du banc du roi de la haute cour ; mais pendant les vacances un seul juge de la haute cour peut l'accorder. Le détenu lui-même ou toute autre personne pour son compte peut recourir à la cour pour un « writ d'habeas corpus » ordonnant le détenteur de présenter à la cour le détenu ainsi que son dossier et tout autre papier concernant sa détention. La cour ou le juge apprécie souverainement la légalité ou l'illégalité de la détention et ordonnera l'acquiescement du détenu, sa mise en liberté provisoire avec ou sans caution ou son renvoi en prison selon le cas.

Le Writ de Mandamus :

C'est un ordre donné par la cour sur la demande de toute personne subissant un préjudice, ordonnant à l'administration d'accomplir un devoir qui lui incombe aux termes de la « common law » ou du « statue law ». Si l'administration jouit d'une discrétion dans l'exercice de son obligation, la cour l'obligera par un « mandamus » à remplir son devoir ; mais elle n'interviendra pas dans l'exercice de la discrétion. Cependant la cour peut obliger l'administration à effectuer proprement ses obligations et à exercer ses pouvoirs dans le but tracé par la loi. La cour ne peut cependant pas lancer un « mandamus » contre la couronne ni directement, ni indirectement. Elle

de la détention, lui enjoignant de présenter à cette cour ou à ce juge le corps du détenu dans un délai déterminé pour qu'on puisse vérifier la légalité de l'emprisonnement ». (*Bulletin de la Société de législation comparée* d'avril-juin 1928, p. 164).

ne peut pas non plus obliger par un « mandamus » un fonctionnaire à exécuter ses obligations envers la couronne (1).

Les Writs de Prohibition et de Certiorari :

Le writ de prohibition a pour but d'obliger les cours inférieures de justice à ne pas dépasser les limites de leurs propres juridictions. Les tribunaux ont, depuis ces cent dernières années, tendance à appliquer ce writ à des corps qui ne sont pas en réalité des cours de justice, mais qui exercent une fonction judiciaire ou quasi judiciaire, tels que « *L'Enclosure Commisioners local boards* » et « *local government boards* ».

Le « *Writ de Certiorari* » a pour but d'enlever aux cours inférieures une affaire quelconque pour l'amener devant la cour suprême qui pourra reviser et annuler la décision de la cour inférieure. Ce writ offre un moyen sérieux de corriger les erreurs là où il n'y a pas un autre moyen de le faire.

(1) Reg. V. Treasury Commissioners (1872), 7 Q. B. 387.

DEUXIÈME PARTIE

Le rôle du Juge dans le droit de l'Islam

CHAPITRE PREMIER

I

· AVERTISSEMENT

Avant d'aborder l'étude de cette deuxième partie, nous devons au lecteur cet avertissement général pour attirer son attention sur les caractères particuliers du système juridique que nous commençons à examiner (nous aurons plus tard à parler plus longuement de la jurisprudence musulmane).

Tout dans l'islam se revêt du caractère religieux ; toutes les institutions islamiques sont religieuses : L'instruction privée et publique, l'administration, la justice, la répartition des impôts, les relations internationales, la paix, la guerre, le commerce, les arts, l'exercice de la charité, la sécurité publique et enfin les travaux publics ont ce caractère religieux,

La majorité des juristes musulmans sont d'accord sur ce point. Le livre saint de l'islam a fourni les éléments et les principes généraux nécessaires pour guider les hommes et leur assurer le bonheur dans cette vie et dans l'autre.

Une opinion divergente a été cependant lancée ces dernières années, avec une audace particulière à l'auteur du livre intitulé « L'Islam et les bases du gouvernement (1). L'auteur de ce livre soutient que ni le Khalifat ni les institutions politiques ou publiques qui en émanent, n'ont aucun rapport avec la religion. Pour ne pas nous méprendre sur la pensée de l'auteur, et à raison de l'importance pour nous de savoir exactement le caractère de la justice musulmane, nous citons ici les termes mêmes de la conclusion de cet auteur. A la page 103 de son livre il écrit : « A la vérité la religion musulmane est innocente de ce Khalifat que reconnaissent les musulmans avec tout ce qui l'entoure d'aspiration, de crainte, de gloire et de puissance ; le Khalifat, la justice, ni les autres branches du gouvernement ou fonctions publiques du royaume ne sont nullement d'ordre religieux... »

Nous n'avons pas à discuter ici dans son ensemble cette thèse soutenue par l'auteur, cela demanderait tout un ouvrage ; mais nous affirmons seulement, contrairement à ce que prétend l'auteur et nous le montrerons claire-

(1) Ce livre dont l'auteur est Sheikh Ali Abd El Razik, a été confisqué par le gouvernement qui l'a considéré comme étant contraire aux principes de la religion musulmane qu'il doit défendre. Ce livre a coûté à son auteur la perte de sa fonction de juge (Kadi) et de son titre de grand Alem,

ment au cours de notre étude, que la justice musulmane est une justice toute religieuse, que le juge en rendant la justice aux musulmans, exécute un devoir religieux et accomplit un acte de piété; c'est d'ailleurs l'opinion commune des jurisconsultes musulmans (1).

II

L'ORGANISATION DE LA JUSTICE DANS LE GOUVERNEMENT ISLAMIQUE

A vrai dire, il n'existait pas d'organisation judiciaire ou si l'on peut dire une organisation très simple.

Peut-on appeler, organisation, un système dans lequel il y a un juge principal chargé de rendre la justice dans le royaume et qui délègue des représentants, véritables mandataires, pour rendre cette justice à sa place dans les diverses parties de ce royaume ?

Le gouvernement islamique est une monarchie et une monarchie absolue. Le Chef de l'Etat, le Khalife, dès qu'il est investi de l'« imamat » des musulmans devient le maître suprême de tous les musulmans; toute la nation doit remettre entre ses mains toutes les affaires d'intérêt général sans rien faire pour ou contre ses ordres, afin qu'il puisse s'occuper des diverses affaires et de la direc-

(1) Jugement des grands Oulema du Caire réunis en conseil de discipline, lequel jugement est rendu le 5 août 1925. (Mejallat el Kada el Shari, numéros 3 et 4, troisième année, 1344 H.).

tion des œuvres dont il a le dépôt (1). A lui seul incombe la charge de la sauvegarde de la religion et de l'administration des intérêts terrestres ; de lui émanent les pouvoirs publics exercés par ses substituts. Le gouvernement musulman est donc le gouvernement d'un seul. Nous n'en trons pas dans le détail des pouvoirs et des restrictions qui sont imposés au chef du gouvernement cela n'entre pas dans notre plan.

L'un de ses principaux devoirs est celui de rendre la justice à la communauté.

Les Khalifes ont été de tout temps les premiers juges de l'Islam. Ils devaient la justice à leur peuple, tous les autres juges n'étaient que leurs délégués.

Le prophète lui-même a été le premier à rendre la justice aux musulmans. Investi, après son arrivée à Médine des attributions du pouvoir suprême, il exerça toutes les prérogatives que comporte la souveraineté absolue unie au suprême sacerdoce. Il résolut toutes les questions qui étaient présentées à son tribunal avec une parfaite sagesse et à la satisfaction de tous.

Les décisions judiciaires que le prophète a rendues se trouvent réunies dans les recueils de la tradition, la « Sunna ».

A-t-il nommé d'autres juges que lui pour exercer une partie de cette mission ?

Sur ce point, malgré le doute qui existe sur la nature

(1) Mawerdi Abou-l-Hassan Ali, *Les statuts gouvernementaux*, trad. par Fagnan, p. 29,

du mandat que le prophète accordait à ses juges, nous croyons que la réponse affirmative s'impose.

Sawas Pacha, suivant les informations précieuses qu'il a recueillies dans un livre intitulé « *Les merveilles de l'époque* » dont l'auteur « Le Bahreinli Kuteibe Mohamed » a vécu jusqu'à l'an 85 de l'hégire, nous affirme que le prophète nommait d'autres juges, toutes les fois qu'il devait s'absenter de Médine.

D'autres sources historiques, nous apprenons que le prophète a envoyé Ali Ibn Abi Talib au Yemen pour y rendre la justice.

Il a envoyé aussi Maaz Ibn Gabal au Gamad au Yemen pour enseigner le Koran, pour rendre la justice, et pour recevoir l'aumône. Les historiens arabes croient aussi déduire d'un dialogue entre le Khalife Osman et Abd-Allah, fils d'Omar recueilli dans Sunan El Termezy, que Omar a été l'un des juges du prophète.

Les Khalifes, successeurs du prophète, ont aussi rempli cette mission. Ils ont été toujours considérés comme les premiers juges qualifiés de l'islam. S'ils ont été obligés plus tard de déléguer l'exercice de cette fonction à d'autres qu'eux, pour consacrer leur activité aux autres affaires gouvernementales, devenant une très lourde tâche avec l'extension continue du royaume musulman, ils ne l'ont jamais abdiqué complètement. Les juges sont restés toujours les simples mandataires des Khalifes que ceux-ci peuvent maintenir dans leurs fonctions ou destituer à leur gré. Les Khalifes leur donnent les instructions qu'ils jugent nécessaires pour la bonne marche de la justice ; ils leur tracent la ligne de leur compétence et en même

temps la ligne de conduite. Dans tous les actes de nomination des juges que nous rapportent les historiens arabes, nous trouvons multipliées et détaillées ces instructions données aux juges. Le type idéal de ces instructions données par le Khalife à son juge et qui est considéré à juste titre par tous les auteurs arabes — et même européens que j'ai pu lire — comme le statut de la justice musulmane, est cette épître adressé par le Khalife Omar (3^e Khalife) à Abu Mouça-I Achari son Kadi à Koufa (rapporté par Ibn Khaldoun, par Mawerdi et par tous les auteurs qui touchent à cette matière) et que nous jugeons utile de reproduire ici. « Rendre la justice est une obligation divine rigoureuse et une coutume qu'il faut suivre. Applique ton attention quand on a recours à toi, car à quoi servirait de réclamer un droit si cela reste sans effet ? Que ton visage, ta justice et ton tribunal soient les mêmes pour tous les hommes, de sorte que le noble ne puisse compter sur ta partialité, ni le faible désespérer de ta justice ! La preuve incombe au demandeur et le serment à celui qui oppose des dénégations. Entre musulmans, la transaction est permise à moins qu'elle n'autorise ce qui est interdit ou n'interdise ce qui est permis. Qu'une décision rendue la veille, et sur laquelle la réflexion que tu fais le lendemain t'amène à rectifier ton opinion, ne t'empêche pas de revenir à la vérité, car celle-ci est éternelle, et il vaut mieux y revenir que persister dans l'erreur. Réfléchis sérieusement aux opinions qui te passeront par la tête et qui ne reposeront ni sur le livre d'Allah, ni sur la « Sunna » de son prophète ; puis sache bien quelles sont les affaires identiques

ou comparables et apprécie les cas divers d'après leurs analogues. A celui qui allègue l'absence d'un titre ou d'une preuve, accorde un délai à l'expiration duquel, s'il apporte la preuve, tu prononceras en sa faveur ; s'il ne l'apporte pas, tu prononceras contre lui : c'est le meilleur moyen d'éloigner le doute et d'éclairer l'ignorance où tu es. Les musulmans servent de témoins honorables, les uns à l'égard des autres, à moins qu'ils n'aient subi une peine corporelle ou n'aient été convaincus de faux témoignage, ou ne soient suspects, à raison de leur relation de clientèle ou de famille. C'est Allah qui peut se passer de serments et écarter les preuves ! Garde-toi de tout trouble, agitation ou expression d'ennui à l'égard des plaideurs ! Quand la vérité est fixée où elle doit l'être, cela vaut de la part d'Allah une grande récompense et une très belle mention. Je te salue (1).

Les juges eux-mêmes se rapportaient souvent dans les affaires difficiles qu'ils se sentaient incapables de solutionner aux Khalifes pour demander leur opinion ; ceux-ci conseillaient leurs juges d'agir ainsi. Al Kindi dans son histoire de Kadis d'Egypte nous rapporte la lettre du Khalife Omar Ibn Abd-El Aziz à son Kadi Eiad Ibn Obaid Allah dans laquelle il lui fournit la décision à prendre dans les quatre affaires que celui-ci lui avait soumises. L'histoire nous fournit d'autres exemples multiples de ce genre de consultations.

Les Khalifes, malgré la délégation de leur fonction judiciaire aux juges, gardaient toujours le droit de déci-

(1) Traduction de Fagnan dans le livre de Mawerdi, p. 147.

der eux-mêmes les affaires entre les particuliers (1). Jamais on n'a pu considérer ce droit du Khalife de rendre la justice comme exorbitant ou excessif, jamais une protestation ne s'est élevée contre cette attribution naturelle du Khalifat dans le gouvernement islamique.

Ainsi nous pouvons considérer les Khalifes de l'Islam, contrairement à ce qui existe en Angleterre et dans les autres Etats de nos jours, comme le premier juge du royaume. En effet, en Angleterre, le roi s'il est toujours considéré comme le « fountain of Justice » ne peut pas exercer en pratique la fonction judiciaire. Ainsi Blakstone dans son commentaire tome I (2), écrit « ... Mais à présent par un usage séculaire et uniforme nos rois ont délégué la totalité de leurs pouvoirs judiciaires aux juges de leurs cours ».

Le premier qui a confié la tâche de rendre la justice à d'autres et institua ainsi une fonction particulière de Kadi fut le Khalife Omâr (3). Il prit pour collègue à Médine Abou Derda ; il désigna Shoreih pour être Kadi à Basra et Abu Mouça-I-Achari pour rendre la justice à Koufa. Nous avons vu plus haut que le prophète lui-même avait désigné des juges tels que Mouaz et Ali ; mais ces juges étaient chargés d'une mission temporaire et particulière ; ce ne fut qu'au règne d'Omar qu'une fonction spéciale du Cadi fut instituée.

(1) Khudary Bey : *L'histoire des nations musulmanes*, p. 450 et suiv.

(2) P. 265.

(3) Ibn Khaldoun : *Prolégomènes*.

L'étendue du royaume de l'islam allait en grandissant ; l'islam acquit de nouveaux pays ; mais l'organisation judiciaire ne fut nullement changée quant à sa base. Le Khalife nommait lui-même ou chargeait ses émirs dans les provinces de nommer des Kadis chargés de rendre la justice chacun dans une circonscription particulière ; un juge unique était nommé pour chaque circonscription. Chaque ville constituait au premier temps une circonscription pour laquelle un Kadi était nommé, mais avec le développement de l'islamisme plusieurs Kadis ont été nommés pour une même ville, chacun dans une de ces parties.

En Egypte, la nomination des Kadis a été laissée depuis sa conquête, à ses Emirs ; plus tard les Khalifes Abassides, voulant faire sentir leur autorité en Egypte ont entrepris de nommer eux-mêmes directement les Kadis d'Egypte ; le premier Khalife Abbasside qui agit ainsi fut Abu-Gaafar El Mansour qui nomma en Egypte en 155 de l'hégire le Kadi Abd-Allah ibn Abi Lahiah El Hadramy.

Avec le développement de la jurisprudence musulmane et l'apparition de quatre rites orthodoxes de quatre grands Imans de l'Islam, Abu Hanifa ; Malik, Shafei et Ibn Hanbal la nomination des juges commençait à subir l'influence du rite personnel du Khalife ou Émir, lequel nommait tout naturellement des Kadis de son rite (1).

(1) Richard Gottheil : *Revue des études ethnographiques et sociologiques*, année 1908 : *The Cadi history of this institution*, n° 238.

Pendant le règne de Malik Zahir Baibars al Bundkdari (658-676 A. H.) une innovation fut introduite dans l'administration de la justice : celle de nommer quatre juges à la fois, un juge de chacun des quatre rites orthodoxes. Ce système fut vite étendu à Damas, Alep, et à tous les autres centres de l'islam. Il fut cependant abandonné au 16^e siècle de l'ère chrétienne pendant la domination de la Turquie en Egypte. Le Sultan Soliman envoya à la fin de l'année 927 de l'hégire le Grand Kadi Galaby pour juger suivant les quatre rites, ayant cependant quatre substituts de quatre différents rites (1).

Sous le règne du Khalife Haroun El Rachid, le titre du Kadi en chef (Kadi-I-Kodah) fut accordé à Abu Yousuf Al Ansari, grand disciple du grand iman Abu Hanifa et ami du Khalife El Rachid. La science, la piété, et le grand mérite d'Abu Yousuf lui valurent le rang élevé qu'il occupa parmi les jurisconsultes musulmans et l'amitié du Khalife. Haroun El Rachid nomma Abu Yousuf grand juge de Bagdad (182 H.) lui laissant le soin de nommer les autres juges subalternes dans Bagdad même et dans les autres provinces. Ce système de nommer un grand juge, inauguré à l'est fut bientôt suivi à l'ouest, en Espagne, où le grand juge avait le titre de Kadi-I-Djamâa (2). C'est ce même système qui fut appliqué par la Turquie en Egypte. La Turquie envoyait chaque année un juge de Constantinople qui exerçait effectivement la fonction de juge au Caire et nommait d'autres juges dans

(1) Khitat Tawfikieh, t. 16, p. 88.

(2) Richard Gottheil: *Revue des études ethnographiques et sociologiques*.

les divers départements et gouvernorats d’Egypte. Il en fut ainsi jusqu’au moment où l’Egypte, sous le règne de la dynastie de Mohamed Ali Pacha commençait à se libérer peu à peu de l’intervention gênante de la Turquie dans son administration. Tout d’abord le gouvernement Egyptien acquit le pouvoir de nommer lui-même les juges dans les départements et les gouvernorats, et ensuite, en l’an 1293 de l’hégire, le Khédive Ismaïl Pacha nomma lui-même par une ordonnance Khediviale le grand Kadi du Caire. Depuis cette date l’indépendance de l’Egypte dans l’administration de la justice fut acquise (1).

Sous le gouvernement des Khalifes le devoir du juge, était tout d’abord, simplement de juger les différends, mais au fur et à mesure que le soin de l’administration attirait l’attention des Khalifes et des souverains temporels, il acquit graduellement d’autres attributions. Il avait à s’occuper des affaires qui intéressaient la communauté musulmane : il devait administrer les biens des insensés, des orphelins, des banqueroutiers, des prodigues et d’autres interdits ; veiller à l’exécution des testaments et aux fondations pieuses, marier les orphelins qui n’avaient pas de tuteurs naturels ; il inspectait les rues et bâtiments, surveillait la conduite des témoins légaux, des syndics et des fondés de pouvoirs (2).

Dans le gouvernement islamique la confusion des pouvoirs était la règle. Les Khalifes ou les souverains réunissaient en leurs mains tous les pouvoirs dans l’état

(1) Articles de Aziz Khan̄ky Bey dans le journal Mokattam des 28 novembre 1914 et 21 décembre 1914.

(2) Ibn Khaldoun : *Prolégomènes*.

musulman ; la souveraineté absolue résidait dans leur personne (1).

Ils déléguaient les divers pouvoirs publics aux personnages qualifiés de l'état, suivant leur bon plaisir et suivant la confiance que leur inspireraient ces personnages. Ils confiaient souvent plusieurs fonctions publiques à une seule et même personne. De multiples exemples de ce caractère particulier du gouvernement islamique nous sont fournis par l'étude du pouvoir judiciaire musulman. Ce pouvoir, comme nous l'avons suffisamment montré, reposait dans les mains du juge nommé par le Khalife, souverain ou émir ; mais il était plutôt rare que ce juge ait comme unique fonction l'administration de la justice. Nous avons déjà montré quelques unes de ces autres attributions (p. 241) ; il reste à indiquer quelques autres fonctions qui ont été souvent confiées au juge.

La Hisba (2) et le redressement des griefs (3) sont deux

(1) Ali Abd El Razik : *L'Islam et les bases du Gouvernement*, p. 3 et 4.

(2) C'est un office dont les devoirs consistent à ordonner le bien et à défendre le mal. Celui qui remplit cet office recherche les abus, réprimande les délinquants ou les châtie suivant leur degré de culpabilité. Devant obliger le peuple à observer tout ce qui est requis dans l'intérêt commun des habitants de la cité, il empêche qu'on obstrue le passage de la voie publique, et défend aux portefaix et aux bateliers de se charger, eux ou leurs barques outre mesure. Il oblige les propriétaires des maisons qui menacent ruine à les faire démolir et prévient ainsi les accidents qu'elles pourraient occasionner aux passants ; il interdit de leurs fonctions les instituteurs qui, dans les écoles primaires et autres lieux d'instruction, frappent avec excès leurs élèves. Il doit mettre de l'ordre à tout ce qui vient à sa connaissance et à ce qui lui est dénoncé en fait, des choses de ce genre.

(3) Nous étudierons plus loin cette fonction.

offices qui ont été souvent confiés au Kadi ; sous les dynasties des Fatimides d'Egypte et de Magreb et sous les Omeiade d'Espagne l'office de Hisba était toujours compris dans les attributions générales du Kadi. La Sikka (1) était aussi pendant un certain temps dans les attributions du kadi. (Ibn Khaldoun prolégomènes, T. I.).

En dehors de ces deux offices qui ont néanmoins un certain rapport avec l'administration de la justice, l'histoire des gouvernements islamiques nous rapporte d'autres exemples d'une confusion des pouvoirs qui n'ont aucun rapport entre eux : le soin des mosquées a été souvent confié au Kadi (2) ; des juges ont été désignés pour conduire la guerre sainte (3) ; de nombreux juges ont réuni entre leurs mains le vizirat à côté de la judicature (4). Sous la dynastie des Fatimides en Egypte, nous voyons confier au Kadi le contrôle du trésor public et des magasins publics (5).

(1) Les fonctions de cet office consistent à inspecter les espèces de monnaie en cours parmi les musulmans, à empêcher qu'on les altère ou qu'on les ronge et à examiner tout ce qui se rattache à cela de quelque manière que ce soit ; ensuite à faire mettre sur les monnaies le signe du Sultan pour en attester le titre et le bon aloi.

(2) Voir : Richard Gottheil, article dans la *Revue des études ethnographiques et sociologiques*.

(3) Voir les noms des juges guerriers dans Ibn Khaldoun : *Prolégomènes*.

(4) Voir les noms de ces juges-ministres dans Syuty : *Husn Al Muhadarah*, t. II, p. 91 et 92.

(5) Kalkashandi : *Sobhi-l-Aacha*, t. 10, p. 343. Ce sont les magasins où sont déposés les vêtements et les costumes dont les souverains donnaient aux hommes d'état...).

III

LE REDRESSEMENT DES GRIEFS (DES ABUS)

Pendant le premier temps de l'islamisme, la foi religieuse encore vivace dans les cœurs des hommes et la crainte de Dieu, tenaient les musulmans dans le bon chemin. Le respect des droits d'autrui était la règle parmi les hommes de ce temps. Les différends qui se soulevaient entre eux résultaient tout simplement de leur ignorance de la loi ; aussi dès que le Kadi faisait connaître la loi de Dieu en se prononçant sur le litige qui lui était soumis, les parties se soumettaient à sa décision sans aucune protestation, ni résistance. Le juge n'avait pas besoin d'une force matérielle pour l'exécution de ses jugements ; la force morale de la justice suffisait pour assurer le bon ordre parmi ce peuple croyant et primitif.

Cet état n'a cependant pas duré. Au fur et à mesure qu'on s'éloignait de l'origine de l'islam, du temps du prophète, la force de la religion et la crainte de Dieu et du jugement suprême ne produisaient plus le même effet chez les musulmans, les intérêts matériels les préoccupaient maintenant. Ils vinrent à pratiquer les uns vis à vis des autres des actes d'injustices ; les exhortations devinrent des obstacles impuissants à empêcher les mauvais procédés et les tiraillements réciproques. Il fallait donc pour réprimer de tels abus, de telles injustices, une main puissante qui puisse réunir la violence des gardiens

de l'ordre et la fermeté des Kadis (juges). Un nouvel office apparut donc à côté de celui du Kadi dont la charge fut réservée au Khalife, aux vizirs, émirs ou tous autres personnages considérables auxquels le Khalife conférait le pouvoir de remplir cet office.

Nous avons constaté plus haut que la fonction de rendre la justice fut depuis le règne du Khalife Omar, déléguée à des juges nommés par les Khalifes ou les émirs, dans les diverses villes du royaume musulman. L'office de redressement des abus, s'il fut dans des cas exceptionnels conféré à de grands juges, a été en général exercé par les Khalifes, les vizirs, ou les émirs qui l'exercèrent à raison de leur pouvoir général d'administration sans avoir besoin d'une investiture spéciale.

Le premier qui a eu besoin d'exercer cet office fut, d'après Al Makrizi (1), le Khalife Ali Ibn Abi Taleb (4^e Khalife). Celui, qui, le premier assigna un jour déterminé dans lequel il prenait connaissance des plaintes émanant des victimes d'abus, sans d'ailleurs s'occuper lui-même de les étudier fut Abd-el Melik ibn Merwan (Khalife Ameyyade 65-86 H). Quand il voyait quelque difficulté et qu'une décision exécutoire lui paraissait nécessaire, il renvoyait cette difficulté à son Kadi Abou Idris Khawlani, et celui-ci rendait des jugements exécutoires à ce sujet, jugements qu'acceptaient les parties par suite de la crainte qu'ils avaient du Khalife qui connaissait les circonstances de faits et les motifs de la

(1) *Khitat*, t. II, p. 207.

décision prise (1). Omar ibn Abd El Aziz (régna de 99-101 H) fut le premier à s'occuper personnellement de cet office ; il réprima les abus, respecta et restaura les coutumes équitables et fit restituer à leurs propriétaires les biens dont les Benou Omeyya s'étaient emparés injustement.

Plusieurs des Khalifes Abbassides tinrent des audiences pour le redressement des abus. Le premier qui tint une audience à cet effet, en Egypte, fut d'après Al Makrizi, Ahmed ibn Toulon.

En dehors de la personne désignée pour remplir cet office, le personnel de la salle d'audience du redressement des griefs doit se composer de cinq catégories suivantes :

1° Les gardes et les huissiers pour traîner devant le redresseur des abus l'homme puissant et mettre l'audacieux à la raison ;

2° Les Kadis et les autorités auprès de qui il (redresseur) s'enquerra des droits établis par devant eux et par qui il saura comment, dans leur audience, il est procédé entre parties ;

3° Les juristes à qui il recourra dans les cas difficiles et qu'il consultera sur les affaires douteuses et embarrassantes ;

4° Les scribes, qui consigneront ce qui se passera entre les parties et les droits et les obligations qui lui seront attribués ;

5° Les témoins par qui il fera attester le droit qu'il

(1) Mawerdi, p. 161,

aura reconnu et la décision qu'il aura déclarée exécutoire

Al Makrizi, dans son *Khitat* (1) donne une description de cette audience en Egypte sous les Ekhchydites (934-972). et les Fatimides (972-1171) qui est conforme aux commentaires de Mawerdi et Noweri.

La Nature de la juridiction de redressement des griefs

Pour expliquer la nature de cette juridiction particulière nous énumérons les diverses matières dont elle a la connaissance et ensuite nous indiquerons quelques remarques particulières de nature à nous éclairer sur le vrai but de cette juridiction. D'après Mawerdi et Noweri cette juridiction connaît les dix ordres de faits suivants :

1° L'examen des abus de pouvoir des gouverneurs à l'égard des sujets ; le redresseur des griefs les frappe à raison de l'injustice de leurs procédés.

2° Les exactions commises par les percepteurs dans leurs prélèvements sur les biens. Le redresseur des griefs se reporte pour cela aux règlements équitables contenus dans les recueils, *diwân*, des imans, et c'est d'après eux qu'il estime les impôts dus par les contribuables et la conduite des percepteurs, de manière à se rendre compte des majorations s'il y en avait.

3° La gestion des scribes des bureaux officiels, à raison de ce qu'ils sont les hommes de confiance des musulmans pour maintenir l'équilibre entre les sommes encaissées et décaissées.

4° Les réclamations provenant des bénéficiaires (trou-

(1) T. II, p. 207, édition arabe.

pes : Amédroz : journal Of the royal asiatic society 1911, p. 637) relatives à des diminutions ou des retards dans les versements, et à toute injustice commise à leur égard. Le redresseur des griefs a, alors, recours à son diwân pour fixer équitablement ce qui doit leur être donné, et ils continueront à jouir des allocations assignées. Quant aux versements qui, antérieurement, n'ont été opérés qu'incomplètement ou pas du tout, si les chefs responsables se les sont attribués, il les récupère sur eux, sinon il le met à la charge du Trésor.

5° La restitution des choses enlevées par la force, qui se divisent en deux catégories : a) celles qu'enlève l'autorité, c'est-à-dire dont s'emparent des chefs injustes ; le redresseur des griefs, dès qu'il apprend cette injustice ordonne la restitution sans attendre la plainte de la victime.

b) La seconde catégorie des choses enlevées par force comprend celles dont les hommes puissants se sont rendus maîtres grâce à la violence et dont ils disposent en propriétaire.

6° La surveillance des fondations pieuses (Wakfs) qui sont ou d'intérêt général, ou d'intérêt particulier. a) pour les premiers, le redresseur des griefs les examine sans qu'il y ait besoin d'aucune plainte. b) pour les autres, son examen est subordonné aux réclamations des intéressés lorsque ils ont des différends à leur sujet.

7° La mise en exécution des sentences des Kadis restées en suspens parce que ces derniers sont trop faibles pour y procéder et sont sans pouvoir contre un

plaideur condamné, à raison de la force et de la puissance de celui-ci ou de sa haute situation et de sa grande importance. Le redresseur des abus, disposant d'une force plus grande et d'une autorité supérieure exécute le jugement contre le perdant, soit en lui enlevant ce qu'il détient, soit en le forçant à renoncer à ce dont il a été reconnu débiteur.

8° La surveillance des faits d'ordre public pour lesquels les Mohtesibs sont impuissants, tels que le fait de commettre publiquement un acte réprouvé qu'ils sont trop faibles pour empêcher.

9° Le redresseur des griefs veille, en ce qui concerne les pratiques religieuses extérieures, à ce qu'on observe le vendredi, les fêtes, le pèlerinage etc...

10° Rendre des décisions judiciaires dans les différends entre particuliers. Le redresseur des griefs en rendant ainsi la justice, ne doit cependant pas sortir de ce qu'impose et exige le droit et il ne peut, en prononçant une décision, qu'obéir aux mêmes règles qu'appliquent les Kadi's en rendant la justice.

Telles sont les attributions de ce tribunal particulier connu sous le nom de « Office de redressement des griefs ». Quelle est donc la nature exacte de ce tribunal ? Les auteurs arabes — et ils sont nombreux — que j'ai consultés, passent tous sous silence cette question, ou se contentent de dire tout simplement que c'est un tribunal d'appel (1). Je m'efforcerai donc ici, en me servant des

(1) Georgy Zidan ; *Histoire de la civilisation islamique*, t. I, p. 187.

renseignements historiques et juridiques que j'ai recueillis, et en particulier de l'article de M. Amedroz publié dans le *journal of the royal asiatic society* (année 1911) intitulé « *The Mazalim jurisdiction in the Ahkam Sultania* » à résoudre cette question.

Et tout d'abord nous nous demandons est-ce un tribunal d'appel ?

Si la juridiction de Mazalim (redressement des griefs) est compétente pour juger les litiges entre particuliers aussi bien que le Tribunal du Kadi, elle ne constitue nullement un tribunal ordinaire et perpétuel. Les Khalfes ont (comme nous l'avons vu) depuis Omar le 3^e Khalife délégué leur fonction judiciaire aux Kadis qu'ils nommaient dans les diverses villes du royaume musulman ; mais ils n'ont pas cédé complètement cette fonction ; au contraire, ils ont toujours exercé un contrôle serré sur les Kadis, leurs délégués, et ont été toujours considérés comme les premiers Kadis de l'islam.

Aussi se sont-ils attribué une juridiction dans les affaires qui entrent dans la compétence du Kadi, non pour se substituer à lui, mais pour juger les affaires difficiles ou les litiges entre particuliers puissants ou de haute considération que le Kadi serait trop faible pour juger. Le but de ce tribunal étant, de l'avis de tous les auteurs, d'amener, par la crainte, les auteurs d'actes injustes à se conduire équitablement envers autrui, et à détourner par un sentiment de respect, les parties en litige, de montrer trop d'obstination dans leurs dénégations réciproques, autrement dit, d'exécuter ce que les

Kadis ordinaires et autres fonctionnaires seraient dans l'impossibilité de faire (1).

D'un autre côté, l'une de ces autres attributions (n° 7) est « la mise à exécution des sentences des Kadis restées en suspens, parce que ces derniers sont très faibles pour y procéder ».

La juridiction de Mazalim est donc, non une juridiction d'appel, mais une juridiction concurrente à celle du Kadi. C'est un Tribunal plus puissant que celui du Kadi disposant des moyens plus efficaces pour arriver à la vérité. « Dans cet office, nous dit Ibn Khaldoun en parlant de la juridiction de Mazalim, la puissance du Sultan vient à l'appui de l'équité des magistrats » (2). La procédure à suivre dans ce tribunal diffère sur divers points de celle appliquée dans le tribunal du Kadi. Le redresseur des griefs a la latitude d'employer des procédés pour arriver à la vérité dont le Kadi ne peut se servir. Quand il y a lieu par exemple d'ajourner les parties dont la situation est douteuse et les droits équivoques, il peut, pour examiner à fond les circonstances, leur imposer des délais que doit refuser le juge quand un des adversaires requiert celui-ci de trancher le différend (3). il a toute latitude pour soumettre à une surveillance ininterrompue les deux adversaires au cas où il ressort d'indices manifestes que leur dénégations réciproques sont inexactes, etc....

(1) Ibn Khaldoun: *Prolégomènes*, trad. De Slane; Al Makrizi: *Khitat*, édition arabe, t. II, p. 207.

(2) Ibn Khaldoun: *Prolégomènes*, traduction De Slane, t. I.

(3) Mawerdi, p. 173.

M. Amedroz, dans son article auquel nous avons fait allusion compare cette juridiction à la juridiction d'équité en Angleterre avant le « *judicature act* ». Nous savons maintenant de notre étude précédente concernant le droit anglais, comment la juridiction d'équité avait une procédure particulière et comment elle avait mis à son service des procédés particuliers qui ne connaissaient pas suzeraineté, et l'Égypte en était un.

La ressemblance entre la juridiction d'équité et la juridiction de *Mazalim* n'est cependant pas complète puisque celle-ci appliquait, dans l'exercice judiciaire, la même loi qu'appliquait le Kadi ordinaire, tandis que, comme nous le savons, les règles d'équité et les principes de la « *Common Law* » n'étaient pas les mêmes.

Laissant maintenant cette question d'appel ou de juridiction concurrente, et retournant vers les autres attributions de ce tribunal, nous constatons que celles-ci sont en général des attributions administratives. Le redresseur des griefs exerce en ce qui les concerne une fonction administrative ; il n'a même pas besoin pour les trois premières attributions (abus de pouvoirs des gouverneurs, exactions commises par les percepteurs et la gestion des scribes des bureaux) d'attendre qu'une plainte soit déposée par la victime ; il contrôle de lui-même les actes de ces fonctionnaires et réprime les injustices qu'ils peuvent commettre envers les particuliers ; ce qui fait de lui un véritable administrateur.

Nous remarquons, en terminant l'étude de cette juridiction, qu'elle n'est pas une juridiction régulière et indispensable. C'est une juridiction de grâce que

les bons souverains, soucieux de l'intérêt de leurs peuples accordent à ceux-ci comme une sauvegarde contre les abus et les injustices des puissants. Tous les souverains n'accordaient pas une telle juridiction et même ceux qui l'accordaient ne tenaient qu'une ou deux audiences par semaine pour le redressement des abus.

IV

L'ÉTAT ACTUEL DE L'ORGANISATION JUDICIAIRE

L'Egypte est actuellement le premier pays qui ait droit au titre de « pays islamique » ; la constitution Egyptienne déclare, en effet, le gouvernement Egyptien, un gouvernement islamique. Donc, si nous parlons de l'organisation judiciaire actuelle, c'est à l'organisation judiciaire existant actuellement dans ce pays que nous ferons allusion.

Dès la conquête de l'Egypte par l'Islam, le même système judiciaire duquel nous avons parlé y fut appliqué.

Avec l'an 1856, une ère de grande réforme dans le système d'administration et du gouvernement commença en Turquie, et dans tous les pays qui étaient sous sa suzeraineté, et l'Egypte en était un.

Le système judiciaire primitif qui s'élevait sur cette seule base — assez solide d'abord mais devenu sans valeur au cours du temps — qui est le mérite personnel et la conscience du juge, ne convenait plus aux conditions nouvelles de la vie sociale et économique. Ce système marquait avec le temps, de nombreuses défaillances ; la

juridiction islamique ne rendait plus le service qu'on en attendait et il fallait un remède à cet état de choses.

En l'année 1856, comme nous l'avons dit, commença la grande réforme administrative et judiciaire en Turquie et en même temps en Egypte. La civilisation européenne a assez séduit le gouvernement musulman pour que celle-ci cherche à se l'attribuer.

La réforme judiciaire commençait en Egypte par enlever à la juridiction islamique une partie de ses attributions pour les transmettre à d'autres juridictions constituées à l'instar des juridictions européennes. Ainsi sous le règne de Saïd Pacha, vers la même année furent institués des tribunaux judiciaires organisés à l'instar des tribunaux européens, auxquels on attribua une grande partie de la compétence de l'ancienne juridiction islamique. Plus tard furent institués les tribunaux mixtes en 1875, à l'instar des tribunaux français ; enfin en 1883 furent créés les tribunaux indigènes ayant une compétence générale.

Ces nouveaux tribunaux ne laissaient à l'ancienne juridiction islamique, qu'une compétence limitée se restreignant aux seuls litiges concernant les statuts personnels, les successions et les fondations pieuses, mais cette juridiction a gardé toujours, malgré cette restriction, son importance dans le pays à cause des caractères particuliers de litiges dont elle a gardé la compétence. Cette juridiction islamique, elle-même a été l'objet d'une réforme spéciale. Plusieurs lois successives (celles du 17 juin 1880, du 27 mai 1897, du 10 décembre 1909, et celle du 3 juillet 1910) sont venues organiser cette

juridiction à l'instar des tribunaux indigènes et réglant la procédure et les voies d'exécution. Aujourd'hui et depuis la création des Tribunaux mixtes et des tribunaux indigènes, ces tribunaux portent le nom de « Mahakem Sharieh » (tribunaux Sharieh). Ils sont de trois degrés. Au bas de l'échelle se trouvent les tribunaux de Markaz ayant un juge délégué par le Ministre de la justice parmi les juges des tribunaux de première instance ; au-dessus de ces tribunaux se trouvent les tribunaux de première instance (1) composés chacun d'un président, d'un vice-président et de sept membres au moins. (Loi n° 12, année 1914) ; au-dessus de ces derniers se trouve le haut tribunal du Caire composé d'un président, d'un vice-président et de trois membres au moins. Appel peut-être interjeté contre la décision d'une de ces juridictions devant celle au-dessus d'elle.

La protection des incapables est conférée à une autre juridiction particulière dont nous parlerons plus loin.

(1) Ils sont au nombre de 7, au Caire, Alexandrie, Zabazik, Tanta, Beni Suef, Asyut et Kina.

CHAPITRE DEUXIEME

LES JUGES DE L'ISLAM A TRAVERS LES AGES

Sans aucune garantie contre l'arbitraire des souverains dont ils étaient de simples mandataires, les juges des premiers siècles de l'ère mulsumane ont su s'élever à un rang si haut dans le gouvernement islamique, qu'ils étaient arrivés à blâmer les souverains pour les actes anti-religieux qu'ils pouvaient commettre et de condamner publiquement ces actes. Ils jugeaient les Khalifes dans leurs différends avec des particuliers. Avec un admirable courage et une connaissance complète de la loi de Dieu, ils remplissaient leurs fonctions avec satisfaction. Honorés, aussi bien des Khalifes que du monde musulman, leurs sentences faisaient loi, étant rendues par les hommes les plus savants et les plus pieux de l'époque.

La seule raison d'être de cette situation grandiose et honorifique des juges de l'islam, est la religion. L'âme de la judicature islamique est la religion.

Si l'organisation judiciaire dans le gouvernement islamique faisait des Kadis de simples mandataires des souverains qui les nommaient, les laissant ainsi sans aucune

garantie contre l'autorité absolue du souverain, l'autorité puissante de la religion était là pour leur fournir la meilleure garantie; la foi religieuse guidait les hommes, gouvernants et gouvernés, les grands principes religieux s'imposaient à tous les musulmans. Quel souverain aurait abusé de son autorité au détriment d'une fonction intimement liée à la religion dans un gouvernement où le chef était le successeur du prophète, le serviteur de la religion et le lieutenant de Dieu sur la terre et où le Khalife demandait au peuple musulman de lui obéir seulement tant qu'il obéit lui-même aux ordres d'Allah (1).

Nous avons déjà fait allusion à une opinion divergente dont l'auteur soutient que la judicature n'est en rien attachée à la religion ; nous jugeons le moment propice pour discuter cette opinion.

Nous n'avons aucun doute sur le caractère intimement religieux de la juridiction islamique. Les textes du Koran et les traditions concernant cette fonction sont multiples (2) et nous avons vu le Khalife Omar dans son épître adressée à son kadi que nous avons reproduite, qualifier cette fonction de divine. Rendre la justice est consi-

(1) Discours du Khalife Omar.

(2) « O David ! certes nous t'avons établi comme vicaire sur la terre. Juge donc le droit entre les hommes et ne suis pas tes fantaisies, de crainte que celles-ci ne te détournent pas de la voie d'Allah. Assurément, ceux qui se détournent de la voie d'Allah, pour eux, il y aura un dur châtement parce qu'ils auront oublié le jour de la reddition du compte (Koran XXXVIII, 25) ». Le prophète a dit : « Savez-vous quels sont les premiers qui profitent de l'ombre de Dieu au jour de la résurrection ? » A la réponse négative de ses auditeurs il

déré par les jurisconsultes musulmans comme un devoir religieux impérieux auquel aucun homme réunissant les conditions exigées, et à défaut de tout autre, ne saurait se dérober sans commettre un péché. Comment, en effet, peut-on concevoir une juridiction non religieuse, du moment que la loi à appliquer est une loi toute religieuse ? Peut-on concevoir une loi sans une juridiction correspondante chargée de l'appliquer ? Tout au contraire la fonction du juge a eu, dès l'apparition de l'Islamisme une grande importance. Le prophète lui-même et après lui les quatre « Khalifes justes » rendaient la justice eux-mêmes. Etait-ce une justice non religieuse ? certainement non. C'est d'ailleurs à ce caractère religieux du système judiciaire qu'on doit cette justice idéale et parfaite qu'a connue le monde musulman pendant les premiers siècles de l'islamisme. Les juges étaient tous des hommes probes, pieux, et maîtres de la loi religieuse qui ne cherchaient que la récompense d'Allah dans l'autre vie. (C'est cette particularité qui a conduit quelques auteurs à dire que la justice musulmane est gratuite — nous nous expliquerons plus tard sur ce point).

La moindre défaillance dans le rendement de la justice aurait attiré sur la personne du Kadi la colère d'Allah. Le prophète a dit : « Les Kadis sont de trois catégories :

continue : « Ce sont ceux qui acceptent le droit quand il leur est conféré, qui s'acquittent de devoirs quand ils y sont requis, et qui, quand ils ont à juger les musulmans, les jugeront comme ils se jugent eux-mêmes ». (*Tabçirat-el-Hokkam*).

Abd Allah Ibn Masoûd a dit (un compagnon du prophète) : « Juger un seul jour m'est plus favorable que de prier 70 ans. »

deux vont en l'enfer et une va au paradis : celui qui se détourne intentionnellement de la voie de la justice va à l'enfer ; et enfin, celui qui dans l'ignorance du droit rend un jugement, sans consulter les jurisconsultes, celui-là aussi va en l'enfer ».

Cette crainte de commettre une injustice et de s'exposer par conséquent aux châtimens de Dieu nous explique le refus d'un nombre assez important des jurisconsultes musulmans, d'accepter le poste de Kadi. Parmi ceux-ci nous citerons simplement comme exemple le refus d'Abu Hanifa, et celui du Chafei, deux chefs de deux grandes écoles de jurisprudence musulmane.

A l'offre que lui faisait le Khalife Al Mansour d'un poste de Kadi, Abu Hanifa répondit dans ces termes : « Un juge sur la terre est le représentant et le continuateur du prophète dans l'administration de la justice ; cette mission est au-dessus de mes forces ; si je l'acceptais je craindrais d'être puni d'une si grande présomption. » (1)

Est-il besoin de pousser les arguments plus loin quand les auteurs musulmans et Européens reconnaissent ce caractère religieux de la justice musulmane ? (2). Lisez les quelques actes de nomination de juges que rapporte Al Kalkashiendi dans *Sobhi-I-Aacha* et vous serez convaincu de ce fait sans avoir besoin d'autres arguments.

(1) Rapporté par M. Robe, p. 55.

(2) Houtsma : *Encyclopédie Kadi* ; Richard Gottheil : *The Kadi History of this institution*.

Cet historien et littérateur range, la fonction de juge parmi les fonctions religieuses des gouvernements islamiques.

Les grands Kadis de l'islam, leur situation, leur rang, etc... dans les diverses époques de l'islamisme nous fournit des tableaux fort intéressants, que nous ne manquons pas de représenter ici.

I

LA NOMINATION ET LA DESTITUTION DES JUGES

Nous l'avons déjà répété à maintes reprises, les juges de l'islam n'étaient que de simples mandataires du chef du gouvernement qui les nomme, qu'il soit le Khalife lui-même, le sultan ou l'émir dans les provinces.

La charge de la judicature résulte d'un contrat conclu entre le Khalife, le sultan ou l'émir d'une part, et l'individu qu'il nomme pour remplir cet office d'autre part (1). Ce contrat peut être verbal si l'individu proposé à la charge est présent, ou écrit si cet individu est absent ; contrat qui est un véritable mandat.

La conclusion du contrat n'est parfaite qu'après l'acceptation de l'investi. Celle-ci est donnée verbalement et sur-le-champ si la nomination elle-même est faite verbalement, et si elle est faite par message, l'acceptation peut être faite plus tard quand l'investi aura reçu l'acte d'investiture. Le contrat étant conclu, les contrac-

(2) Mawerdi, p. 140.

tants deviennent de simples parties d'un mandat, où les deux contractants ont des droits réciproques, l'un vis à vis de l'autre : ils ne sont point forcés de rester liés indéfiniment, le premier peut, à son gré, déposer le second, de même que celui-ci peut se retirer à son gré, sauf cependant qu'il est préférable pour l'un aussi bien que pour l'autre, de n'agir ainsi que pour une raison sérieuse, car l'intérêt des musulmans est en jeu.

La nature même de l'acte de leur nomination exposait donc les juges à l'arbitraire du souverain. Leur sort dépendait des caractères personnels de celui-ci et de son bon plaisir. Malgré leur grand mérite, malgré le rang très élevé qu'ils occupaient dans la communauté musulmane, les juges n'ont jamais pu se créer une situation stable et autonome.

L'exercice de l'arbitraire des souverains est manifeste dans le gouvernement islamique de temps intermédiaire (1) ; l'histoire de cette magistrature nous fournit des exemples multiples et fréquents de cet état de chose. Nous nous contenterons ici de donner un seul exemple parmi beaucoup d'autres ; celui du grand jurisconsulte et Kadi Ibn Khaldoun. Dans son autobiographie, il nous fournit cet exemple intéressant de l'arbitraire de souverain. Peu après son arrivée au Caire, le Sultan d'Egypte, El Malek ed Dhaher Barcouc, dans un moment de mécontentement, destitua le Kadi Malékite (Djemal ed Din el Acfehei) et nomma Ibn Khaldoun à sa place en

(1) Il n'est pas montré qu'il ait eu d'arbitraire dans les premiers siècles de l'Islam,

mai 1401. Au mois de Djomada second 804 (janvier 1402), il fut remplacé à son tour par Djemal ed Din el Bisati. Au mois de dou I Hidja 804 (juillet 1402) ; il fut nommé Kadi de nouveau à la place de El Bisati, El Bisati le remplaça de nouveau en Rebia premier 806 (sept-octobre 1403) ; au mois de Chaaban 807, il fut nommé grand Kadi pour la cinquième fois, remplaçant El Bisati ; El Bisati lui succéda au mois de dou I Caada 807 (mai 1405) ; il remplaça enfin El Bisati au mois de Ramadam 808 (3 mars 1406) et mourut le vingt-cinq du même mois. (1)

Nous relevons dans l'histoire des exemples assez nombreux des souverains scrupuleux et pieux qui ont maintenu leurs Kadis dans leurs postes malgré leur mécontentement personnel, tant qu'il n'y avait pas de raisons sérieuses pour leur destitution ; mais l'existence de ces exemples ne change rien dans la règle, les juges de l'islam maintenaient leur poste selon le bon plaisir du souverain.

La nomination des Kadis, devait, pour revêtir la force obligatoire vis-à-vis des ressortissants, (de la circonscription) être rendue publique ; cette publication était accomplie par la lecture du diplôme de nomination dans la mosquée, siège du tribunal du Kadi.

Le Khalife ou l'émir, en nommant un Kadi, avait toute liberté de lui désigner sa compétence. Il pouvait ainsi la limiter à certaines catégories d'affaires déterminées ou lui laisser une compétence générale. Le Kadi ne pouvait pas outrepasser la limite de sa compétence. Le Khalife, d'un autre côté désignait à sa guise la circons-

(1) Autobiographie d'Ibn Khaldoun.

cription à la limite de laquelle cessait l'autorité du Kadi.

Si la compétence conférée au Kadi était générale, elle comportait d'après El Mawerdi (1) la connaissance des dix catégories suivantes :

1° La solution des différends qui se présentent à son tribunal.

2° L'exécution des obligations des ayants droit contre ceux qui la diffèrent, après avoir établi la validité de ces obligations à l'aide des divers moyens admis des preuves.

3° Il pourvoit à la tutelle de ceux que la démence ou le jeune âge empêchent d'administrer leurs biens, ainsi qu'à l'interdiction de ceux contre qui il estime cette mesure opportune.

4° Il surveille les fondations pieuses (Wahfs).

5° Il assure l'exécution des actes de dernières volontés dans les conditions légales et non interdites voulues par le testateur.

6° Il marie avec des hommes de leur condition, les femmes célibataires, veuves ou divorcées lorsqu'elles n'ont pas de tuteur matrimonial.

7° Il applique les peines légales (hodoûd) à ceux qui les ont encourues.

8° Il veille aux faits d'utilité publique dans sa circonscription en empêchant toute transgression dans les rues et places publiques et en faisant enlever les saillies et les bâtiments indûment élevés.

9° Il se livre aux investigations nécessaires au sujet de

(1) P. 145.

ses témoins instrumentaires et de ses affidés, ainsi qu'au choix de ceux qui peuvent les remplacer.

10° Il juge, en les mettant sur le pied d'égalité, entre le puissant et le faible, décide avec équité entre le noble et le plébéien.

Le Kadi de l'islam juge unique siégeant à la mosquée ou dans sa maison mais en public, avait en principe une compétence générale civile et pénale. Il doit rendre facile aux justiciables l'accès de son tribunal et ne se dérober à eux que pendant le temps nécessaire pour son repos.

Les jurisconsultes musulmans nous donnent tous une liste plus ou moins longue des conditions que doit réunir le Kadi pour être apte à remplir cette fonction et pour que sa nomination soit valable. Les plus exigeants d'entre eux demandent la réunion des sept conditions suivantes dans le Kadi (1).

1° Il doit être pubère, du sexe mâle.

2° L'intelligence,

3° La qualité d'homme libre,

4° La qualité de musulman. Le grand Iman Abu Hanifa admet cependant qu'un non musulman soit chargé de rendre la justice à ses coreligionnaires.

5° L'honorabilité (2).

(1) Mawerdi, p. 131 et suiv.

(2) Qui consiste en ce qu'un homme est véridique dans son langage, manifestement loyal, s'abstenant de tout acte illicite, se gardant du péché, insoupçonnable, méritant une égale confiance soit qu'il approuve, soit qu'il s'indigne, se conduisant au double point de vue religieux et mondain comme doit faire un galant homme de son rang.

6° L'intégrité de l'ouïe et de la vue.

7° Il doit être versé dans la connaissance des solutions légales ; il doit ainsi être maître dans la science du livre saint, dans la science de la tradition (sunna), dans la science de l'interprétation et enfin dans la science de l'analogie (Kiyas). Ce degré de connaissance de la loi est exigé pour qu'un jurisconsulte soit compté parmi ceux qui ont le droit d'investigation indépendante dans le domaine de la loi, (Mudjtahid) et seul le Mudjtahid pouvait être nommé juge d'après cette opinion.

A l'aurore de l'islamisme on trouvait facilement des Kadis réunissant toutes ces conditions, mais au fur et à mesure qu'on s'éloignait de ce temps, les individus répondant à ces exigences manquaient, et on fut obligé de nommer à la charge de la magistrature, des hommes moins qualifiés. Les exemples de mauvais Kadis ne tardèrent donc pas à apparaître et la corruption dans la magistrature dans les derniers siècles contrastait vivement avec la perfection et la probité de celle des premiers temps.

Un seul trait caractérise la magistrature islamique jusqu'à nos jours, concernant le recrutement des juges. De tout temps les Kadis de l'islam ont été recrutés parmi une seule classe, celle de Fakihs ou jurisconsultes.

II

LEURS TRAITEMENTS

Dès que nous abordons cette question, nous nous trouvons devant un problème assez important, en égard au

caractère particulier de la judicature islamique, pour mériter une étude approfondie.

Voici le problème ; la justice musulmane est-elle une justice gratuite ou vénale ? Les Kadis reçoivent-ils des traitements ou non ? Peuvent-ils en demander ou cela leur est-il défendu ?

Grand nombre d'auteurs européens ou américains qui se sont occupés de loin ou de près de la justice musulmane se prononcent pour la gratuité de cette justice. (1)

Cette opinion n'est pas dénouée de toute base juridique, mais émise de la sorte, et d'une façon absolue, elle resterait contraire à la vérité juridique et historique. Cette vérité nous nous efforcerons de l'extraire des bases juridiques et historiques les plus qualifiées, et de la soumettre surtout aux lecteurs occidentaux qui n'ont pas la facilité de puiser dans les sources arabes.

Les Jurisconsultes musulmans permettent — sans exception — aux juges de recevoir des traitements pour les services qu'ils rendent à la communauté. (2) ; parce que disent-ils le juge, en s'occupant de la justice, délaissera, faute de temps, ses intérêts particuliers.

Il est de l'autre côté défendu, comme constituant un acte illégal, d'exiger ce traitement quand on n'en a pas besoin. Un Kadi qui est riche ne devra donc pas exiger

(1) Van den Berg : *Principes du droit musulman* ; Richard Gottheil : *The Kadi history of this institution* ; ce dernier écrit : « In reality, the Kadi was to receive no payment for his services. »

(2) Al Askalani Al Chafei : *Fath El Bari*, commentaires sur Al Bukhari, t. 13, p. 122.

une récompense pour son service, mais si elle lui est accordée, il aura le droit de l'accepter. Abd Allah ibn Al Saïdi (Korechite, mort à Médine en l'an 57) a raconté que pendant une entrevue avec le Khalife Omar Ibn El Khattab, celui-ci lui avait dit : « On m'a appris que vous refusiez d'accepter les récompenses qu'on vous alloue pour les services que vous rendez à la communauté ». Al Saïdi acquiesça. Omar lui dit : « Qu'est-ce que vous entendez par cela ? Al Saïdi répondit : « J'ai des chevaux et des esclaves et je suis riche ; je veux laisser mon traitement en aumône pour les musulmans ». Omar lui répliqua : « Ne le faites pas ; j'avais voulu faire ce que vous faites, chaque fois que le prophète voulait me donner mon traitement, je le lui refusai et demandai qu'il le donne à d'autres plus pauvres que moi, jusqu'à ce qu'une fois voyant mon refus, il me dit : « Prenez-le et disposez-en vous-même (dans les voies charitables) ; tout ce qui vous est accordé de cet argent sans que vous l'ayez désiré ou réclamé, vous appartient ; dans le cas contraire ne le prenez pas. »

Cette tradition du prophète est citée à l'appui des règles juridiques que nous avons reproduites plus haut.

Laissant maintenant les principes juridiques et retournant vers les précédents ou les faits historiques, nous trouvons que dès le premier temps de l'islamisme, des traitements, et des traitements bien élevés ont été accordés aux juges de l'islam. Shureih, le Kadi du Kufa nommé par le Khalife Omar avait bien accepté le traitement que lui accorda Omar ; Omar lui-même, et après

lui Abu Bakr recevaient un traitement du trésor (1).

Les traitements des Juges étaient bien compris dans le budget du gouvernement et mis à la charge du trésor public. Le passage suivant du livre de l'impôt d'Abu Yusuf, nous fournit la preuve.

« Tu t'es encore enquis, écrit Abu Yusuf au Khalife Haroun El Rachid, de la façon de procéder pour les traitements des Kadis et des percepteurs. Il te faut, prince des croyants, tirer du trésor, les traitements des Kadis et gouverneurs en les imputant sur le produit des impôts retirés de la terre, ou de l'impôt foncier et de la capitation, car ils sont employés pour l'administration de l'ensemble des musulmans, et partout c'est sur le trésor commun à ceux-ci qu'ils doivent être rétribués. »

Ce n'est pas tout : la politique de souverains de l'islam était d'assurer aux juges une vie agréable et d'aisance pour qu'ils n'aient pas l'esprit occupé de leur intérêt personnel et pour qu'ils puissent résister à la corruption. Nous avons un témoignage précieux de cette politique dans une lettre du quatrième Khalife juste : Ali ibn abi Taleb, adressée à son lieutenant en Egypte : Al Achtar Al Nakhai «..... et accordez lui (au juge) une forte rétribution, qui suffit à ses besoins et qui lui garde d'avoir besoin des autres.....».

Les traitements des juges de l'islam ont été, pendant tout le temps où florissait l'islam, aussi élevés que les honoraires du souverain et même parfois plus élevés

(1) *Fath El Bari*, p. 122.

que ceux-ci. Le Khalife Ali Ibn Abi Taleb accordait à Shureih son Kadi 500 dirhem par mois ou 6.000 dirhem par an au moment où s'accordait lui-même une simple mesure de céréales par jour ; le Khalife Abu Bakr aussi ne s'accordait que 600 dirhem par an.

Si ce rapport entre le traitement du juge et les honoraires du souverain n'était pas toujours ainsi il est certain que les juges recevaient toujours un des traitements les plus élevés dans l'état islamique. Ce qui contribuait à leur assurer ce rang très élevé qu'ils occupaient dans la Société musulmane et dont nous parlerons ci-dessous.

Ainsi sous les Khalifes justes, le traitement du juge était de 100 dirhem (par mois) avec une mesure de céréales ; sous les Oméiades il était de 1.000 dinars par an (10 fois plus que celui de l'époque précédente). Sous les Abbassides le traitement a été tout d'abord abaissé ; sous le Khalife Al Mansour, il était de 30 dinars par mois. Il montait ensuite jusqu'à ce qu'il arrivât sous le règne d'Al Maamoun (213 H) à 270 dinars par mois (c'est-à-dire 4.000 dirhem). Sous le règne d'Ibn Touloun il revint à 1.000 dinars par an (1).

III

RANG, PROBITÉ ET INDÉPENDANCE DU JUGE

Pendant les premiers siècles de l'Islam, les juges ont montré une figure très en honneur dans l'état islamique ;

(1) Georgy Zidan : *Histoire de la civilisation islamique*, t. I.

l'indépendance et la probité avec lesquelles ils exerçaient leur fonction leur valurent le grand estime et le respect dont ils furent l'objet dans la société musulmane.

Leur rang était le plus élevé ; les Khalifes eux-mêmes se rendaient volontiers à leur tribunal pour s'entendre juger par eux ; ils sollicitaient leur appui dans les différends politiques et comptaient sur leur influence pour la propagation des rites qu'ils embrassaient.

Abu Yusuf, le Kadi du Khalife Haroun El Rachid jugea plusieurs fois celui-ci ainsi que le Khalife Al Hadi dans diverses circonstances (1).

Al Maamoun s'en remettait avec boniment au Jugement de son Kadi Yahia ibn Aktham dans son différend avec un bijoutier qui prétendait être son créancier du prix d'un bijou acheté par Saïd, prétendu mandataire du Khalife (2)

Le Khalife Abu Jaafar El Mansour remit le plus naturellement du monde son différend avec son épouse Al Himyariah aux mains de son Kadi en Egypte Al Ghaouth ibn Soliman (3).

Les Khalifes ont toujours, sauf dans de rares exceptions, témoigné la plus grande déférence aux juges. Le rang élevé qu'occupait le Kadi Abu Yusuf dans la cour de Haroun El Rachid et le respect que lui témoignait celui-ci ne peut que nous édifier sur ce fait.

L'exemple le plus frappant encore du respect rendu par

(1) Al Nakadi : *La justice musulmane*, conférence.

(2) Baihaki : *Mahaçin et Massawi* sous le titre : *Le redressement des abus*, p. 525 et suivantes.

(3) Al Nakadi : *Conférence*, 24.

les Khalifes aux juges est celui des juges de la famille Al Numan, nommés par les Khalifes Fatimides en Egypte. M. Richard Goitheil dans sa brochure intitulée « A distinguished family of the Fatimide Kadis » nous donne, à ce propos, des renseignements historiques fort intéressants.

Al Aziz le Khalife Fatimide en Egypte tenait en grande estime et montrait une haute déférence pour le Kadi d'Egypte Abu l-Hassam Ali (fils de Nûman). Quand il a quitté l'Egypte pour réprimer les rebellions qui se manifestaient en Syrie (an 367 H 977) ; il emmena son Kadi avec lui.

Quand le Kadi Abu-l-Hassan Ali mourut en 374 H (984 J.-C.), le Khalife, qui était à ce moment au camp à Al Jubb, près du Caire, quitta les assemblées qui s'étaient réunies à son camp et vint dire lui-même la prière sur le corps de son Kadi, dernier hommage suprême rendu au défunt qui exprime le grand estime du souverain pour le personnage qui s'en allait. Pour mieux nous rendre compte de l'importance et la situation très haute de la magistrature sous la dynastie Fatimide en Egypte, nous reproduisons ici le passage du grand historien Al Makrizi qui s'y réfère (1). « Le Khalife, écrit-il investissait de la judicature un homme auquel il accordait le titre de « Juge de juge » (Kadi-l-Kudah) et dont le rang était au-dessus de tous les dignitaires du turban et de la plume. Il était parfois aussi prêcheur et dans

(1) Makrizi : *Khitat*, t. I, p. 403, édit. du Caire. Une semblable description est donnée par Al Kalkashandi dans *Sobhi-l-Apcha*.

ce cas il s'appelait juge de juge et chef de prêcheur. Toutes les affaires religieuses étaient entre ses mains ; il siégeait le samedi et le mardi au Ziadah de la mosquée d'Amrou ibn El Aas sur un divan et un coussin en soie. Les témoins s'asseyaient à sa droite et à sa gauche suivant la date de leur admission comme Adls. Près de lui se tenaient cinq huissiers, deux en face de lui, deux à la porte de sa chambre privée et un pour lui introduire les litigants ; quatre scribes l'assistaient. Il avait un encrier orné d'argent qu'on apportait du magasin public ; un porteur, payé par l'Etat, avait la charge de porter cet encrier. Pour sa monture, il lui était apporté, des étables, une mule blanche (couleur qui lui est spéciale) dont la selle était richement ornée, ayant à l'extérieur une plaque d'argent et dont le cuir était remplacé par la soie.

A l'occasion des fêtes, il recevait des colliers et des robes d'honneur brodées d'or. »

Cette description nous fait penser aux lords Justices d'Angleterre et à la grande pompe qui les accompagne dans les audiences solennelles ou les grandes fêtes, à leurs robes et leurs perruques et enfin au collier de lord chef Justicier d'Angleterre ; la comparaison est intéressante malgré la différence des dates ; dans les deux systèmes un fait reste commun. Les Juges en Angleterre et les juges de l'Islam ont tenu dans les deux sociétés un rang des plus élevés et des plus honorifiques.

Quant à l'indépendance et à la probité des juges de l'Islam, ils ont fait pendant plusieurs siècles la gloire de ces hommes illustres et valurent à la justice musulmane

un renom mondial de perfection. « Le sentiment de l'équité, écrit M. Le Bon (1), est très développé, en effet, chez les Arabes, non seulement parce que la justice est représentée comme une des plus belles vertus dans le Koran, mais encore parce qu'elle était, pour ces sociétés primitives, une condition d'existence essentielle ».

Fouillons un peu l'histoire, elle est le meilleur juge capable de condamner ou de glorifier les hommes qui se sont soumis à son tribunal. Au premier siècle de l'islamisme, c'est-à-dire, pendant 6 siècles au moins, nous rencontrons des juges éminents, aussi indépendants que probes sans aucune tache qui puisse marquer leur vie personnelle ou publique, leur seule préoccupation était de rendre la justice et ils la rendaient avec le maximum d'équité et de justesse. Ils savaient défendre vaillamment les principes de droit contre la fantaisie des Khalifes et satisfaire leur conscience pure sans craindre la colère du souverain qu'ils pouvaient ainsi contrarier.

Le premier exemple de l'indépendance des juges de l'Islam, que nous reproduisons ici est celui de Bakkar ibn Katibah Kadi d'Egypte. Ce juge fut en grande faveur chez l'émir d'Egypte de l'époque : Ahmed ibn Toulon (258-270 H. 870-884) celui-ci donna chaque année au Kadi mille dinars, en plus de son traitement régulier ; l'émir venait souvent honorer de sa présence l'audience du Kadi. Toutes ces faveurs n'ont en rien affecté l'indépendance du Kadi. Aussi bien qu'à la demande de l'émir au Kadi d'ordonner la vente de biens

(1) *Histoire de la civilisation arabe*, p. 414.

d'un de ses débiteurs mort sans payer sa dette, le Kadi ne voulait pas acquiescer à cette demande avant d'avoir la preuve de l'existence de cette dette ; de sorte que l'émir fut obligé de prêter serment devant le Kadi afin que celui-ci ordonnât la vente des biens du débiteur. Quand Ahmed ibn Toulon, s'étant rallié à la cause du Khalife Al Mûtamed contre Al Muaffak l'héritier du trône qui s'empara par force de la direction du gouvernement, demandait aux juges et aux juristes de désavouer Al Mouaffak et de le damner, Bakkar refusait avec audace d'obtempérer à cette demande préférant la prison plutôt que d'agir contre sa conscience (1).

Le deuxième exemple à donner ici, est celui de Iz Eldin, ibn Abd El Salam, Kadi de Damas et d'Egypte ; Al Saleh Ismaïl, Sultan de Damas à l'époque (2), s'était rallié aux chrétiens ; le Kadi Iz-el-din désapprouva ouvertement ce geste du Sultan et cessa de prononcer son nom à la mosquée dans le sermon du vendredi ; la colère du sultan s'étant déchaînée sur lui ; il quitta Damas pour l'Egypte. En Egypte, il fut accueilli par son sultan, Al Saleh Nagmel-Din qui le nomma aussitôt Kadi d'Egypte, mais, ici non plus, il ne manqua pas de condamner les actes qu'il jugeait illégaux sans s'occuper de la personne de l'auteur. Fakhr-el-Din Osman, un grand personnage de l'Etat ayant construit au-dessus d'une mosquée du Caire une bâtisse pour y installer des tambours, le Kadi en ordonna la destruction et déclara la déchéance du Fakhr-el-Din ; ayant

(1) Raf Al Esr. : *Biographie des juges*.

(2) La première moitié du septième siècle de l'hégire.

ainsi satisfait sa conscience, il donna aussitôt sa démission. (1)

Le troisième exemple que nous donnons ici est celui de Mundhir ibn Saïd, le Kadi en Espagne qui réprimanda hautement le Khalife Al Naçir et condamna sa fantaisie de construction qui lui a fait négliger la prière de vendredi à la grande mosquée. (2)

Ces trois exemples, pris dans des époques différentes, nous montrent assez clairement, le grand mérite de ces hommes illustres qui ont su défendre l'autorité de la loi, au risque de perdre leurs fonctions, n'ayant aucune garantie contre l'arbitraire du souverain.

La probité des juges de ces premiers temps était aussi caractéristique que leur indépendance. Ils observaient les règles absolues de l'équité ; l'égalité la plus absolue entre les parties régnait dans leurs tribunaux. Peut-on attendre autre chose des hommes tel que le juge Abu Yousuf qui s'adressait à Dieu à son lit de mort, disant en pleurant : « O Dieu, tu sais que j'ai accompli cette charge sans partialité même dans le sentiment, sauf dans un litige entre Al Rachid (le Khalife) et un chrétien où j'ai manqué à ce devoir et condamné Al Rachid » ? (3)

Peut-il en être autrement dans une époque où le Khalife voyant le Kadi se lever pour le saluer à son arrivée à l'audience, (en qualité de plaideur) lui dit : « C'est ta première injustice ». (Le Khalife Ali et le Kadi Shureih).

(1) Syuti : *Husn El Muhadarah*, t. II, p. 97.

(2) Al Manar : *Revue mensuelle*, t. 18, p. 541.

(3) Al Nakadi : *Conférence*.

Il n'en fut cependant pas toujours ainsi. Au fur et à mesure que les siècles s'écoulaient et qu'on s'éloignait du temps du prophète, des défaillances graves dans le caractère des hommes se manifestaient, la crainte de l'autorité du souverain temporel remplaça la crainte de Dieu dans le cœur des hommes, et l'étude de livres saints et d'autres sciences juridiques fut reléguée au dernier plan. Ainsi nous n'avons pas à nous étonner en lisant la description lamentable donnée par M. Lane (1) de la judicature en Egypte sous la suzeraineté de la Turquie. La corruption était manifeste, et le rang élevé où la puissance d'un plaideur décidait de l'issue du procès. Dans un système qui a comme seule base le mérite et le caractère personnel des juges, il est certain que si cette base venait à manquer, tout le système s'écroulerait. C'est ce qui est arrivé. Il y a moins de trente ans, le rapport du Sheikh Mohamed Abdu, mufti d'Egypte, signalait l'état lamentable de Mahakem Sharieh d'Egypte (2). Si ces tribunaux ont montré plus tard une figure plus heureuse, c'est grâce à une réforme réfléchie et à une organisation nouvelle copiée sur celle des tribunaux indigènes qui sont eux-mêmes organisés à l'instar des tribunaux européens et surtout français. Il fallait bien aboutir à une telle réforme, le système ancien ne convenait plus aux temps modernes.

(1) *Accounts of the manners and customs of modern Egyptians*, t. I, p. 154 et suiv.

(2) Rapport sur la réforme de Mohakim Shariek.

CHAPITRE TROISIEME

LE RÔLE DU JUGE DANS L'ELABORATION DU DROIT

SECTION PREMIERE

LA LÉGISLATION ISLAMIQUE

I

Les sources du droit musulman

Notre thèse, en ce qui concerne le droit islamique est celle-ci :

La législation islamique est dans sa majeure partie une législation jurisprudentielle, non que le principal rôle dans son élaboration ait été joué par le juge dans son Tribunal — nous reviendrons plus loin sur le rôle du juge dans l'élaboration de la loi — mais qu'elle revête la forme de « cases » ou de cas jugés.

Les principes juridiques sont contenus dans les décisions judiciaires où sont suscités par un incident ou un cas concret, ou constituent les réponses des docteurs musulmans, à des questions qui leur sont posées sur des points de droit.

Les normes juridiques sont en petit nombre dans les

deux sources fondamentales de la législation islamique : le Koran et la Sunna. Les jurisconsultes musulmans se sont livrés à un travail d'analyse d'une profondeur admirable sur les règles contenues dans les deux sources, pour découvrir les principes directeurs fondamentaux qui dominent cette législation. Après avoir dégagé en quelque sorte l'intention du législateur ou les motifs des divers préceptes qu'il a énoncés, ils se sont mis en œuvre pour donner, à la lumière de cette intention, la solution aux cas multiples qui se présentaient ; ils imaginaient des cas et leurs donnaient la solution qu'ils jugeaient conforme à l'esprit de la loi.

La science du droit se divise d'après les docteurs musulmans en deux parties, nettement distinctes : d'une part la science des racines (Ouçoûl) qui fait connaître la méthode suivant laquelle le droit s'élabore et les principes directeurs de ces droits ; et d'autre part, la science des branches (fourouâ) qui comporte un simple exposé de droit pratique, élaboré suivant la méthode et basé sur ses principes.

Le droit pratique élaboré par ces docteurs revêt aussi bien que le droit contenu dans les textes du Koran ou de la Sunna la forme jurisprudentielle. Pour fournir les arguments nécessaires, à l'appui de la thèse que nous soutenons, nous procéderons ici à une étude particulière des quatre sources du droit musulman : le Koran, la Sunna, l'idjmâa et l'analogie ou le « Kiyas ». L'autorité de ces quatre sources est reconnue par tous les musulmans. Le « Koran » renferme d'après la conviction musulmane les paroles mêmes de Dieu. Les énonciations y contenues

sont d'une solidité certaine ; dénier l'autorité de ces énonciations c'est devenir mécréant.

Quant à la « Sunna », les Compagnons s'accordèrent tous à reconnaître que c'était pour le peuple musulman, un devoir de se conformer aux prescriptions qu'elle renferme, pourvu que leur authenticité soit établie (1). C'est un dogme principal de la religion, de reconnaître l'autorité de la « Sunna » et du « Koran ».

L'autorité de l'idjmâa, si elle a vu dresser contre elle quelques adversaires (2) est restée néanmoins absolue pour les rites orthodoxes, la communauté musulmane. L'autorité conférée à cette source émane des textes du Koran et de la Sunna (3).

L'analogie légale « Kiyas », elle aussi, est reconnue comme source du droit par la « Sunna » (4).

(1) Ibn Khaldoun : *Prolegomènes historiques*, t. III, publiés par l'Institut impérial de France, p. 27.

(2) Mohamed-El-Khudary : *Ouçoul el Fikh*, p. 342 et suiv.

(3) Dans l'écriture il est dit : « Vous êtes la meilleure Nation qu'il ait été donné au genre humain de voir : Vous ordonnez de faire ce que Dieu agréé, et défendez de faire ce qu'il désapprouve » (S. III V. 106-Beidhawi, 1, 225, 226). Le Prophète a prononcé ces paroles : « Ma nation ne tombera pas d'accord pour accepter l'erreur » (Khudary : *Ouçoul el Fikh*).

(4) Le prophète envoyant Moaz ibn Jabal avec plein pouvoir au Yemen lui avait dit : « Comment jugeras-tu les différends qui seront portés devant ton tribunal ? » Moaz répondit : « en appliquant la parole de Dieu. » « Et si tu n'y trouves pas de dispositions applicables au cas que l'on te soumettra ? » lui redemanda le prophète. « J'aurais alors recours à la conduite de son prophète », répondit Moaz. « Et si elle ne te suffit pas » ajouta le prophète. « Alors je ferai de l'effort législatif » répondit Moaz. Le prophète remercia

II

« Le Koran »

Le Koran, le livre saint de l'islam, constitue pour les musulmans, la loi suprême et fondamentale. Les chapitres (sourats) et les versets (Ayats) de ce livre contiennent la parole même d'Allah, c'est un livre incréé et éternel.

Ces paroles de Dieu n'ont pas été révélées au prophète en une seule fois, mais à diverses époques et dans des circonstances différentes. Cette révélation s'est effectuée dans une période de 23 ans 2 mois et 22 jours (1) ; une partie fut révélée à la Mecque et l'autre à Médine.

La partie (du Koran) révélée à chaque fois fut en général entre 5 et 10 versets. Les versets du Koran sont restés dispersés pendant toute la vie du prophète. C'est seulement sous le Khalife Abu Bakr qu'ils furent réunis dans un seul livre (2) conservé chez Abu Bakr et après

Dieu d'avoir suscité des hommes capables de servir les intérêts de la vraie religion en rendant convenablement la justice dans les pays dont les habitants embrassaient l'islamisme. (Cité par Sawas Pacha dans son ouvrage sur la théorie du droit musulman ; le texte arabe que j'ai sous la main diffère un peu de cette traduction, mais cette différence ne nuit pas au sens voulu).

(1) Khudary Bey : *Histoire de la législation islamique*, p. 5.

(2) Les versets du Koran ont été tous dictés du vivant du prophète. On les écrivait sur des os d'épaule de moutons et sur des peaux de chameaux. Après la mort du prophète, Omar El Farouk insista auprès du Khalife Abu Bakr et le détermina à réunir les versets du Koran

lui chez le Kaliphe Omar et ensuite chez Hafsa la fille de Omar. Le Khalife Osman plus tard en tira dix copies qu'il rendit officielles. Le contenu du Koran (1) est très varié. Les légendes pieuses, les récits d'histoire sainte (2), les communications relatives à Allah et à la vie future, les enseignements religieux et moraux (3) y tiennent

dans une édition complète, Zeid ibn Thabit, secrétaire du prophète, fut alors chargé par le Khalife d'accomplir cette œuvre.

A propos de cette compilation, Zeid ibn Thabit dit : « Nous avons réuni tous les morceaux de chameau, tous les os d'épaules, tous les papyrus jusqu'à ce qu'il n'en restât pas un seul en dehors de nos mains. Nous avons réuni tous les hommes dans le cœur desquels le Koran a été écrit. Toutes les parties du Koran étant reconnues vraies par tous les hommes qui les connaissaient, une première copie fut faite par Zeid.

Sous le Khalife Osman (3^e khalife) plusieurs dialectes du Koran faisaient leur apparition parmi les musulmans, ce qui risquait de provoquer une divergence dans les textes. Le Khalife Osman voulant sauvegarder le Koran d'un tel danger, ordonna la reproduction de 10 copies du livre conservé chez Hafsa et en envoya une à chaque partie du monde musulman.

(1) Le Koran contient 114 chapitres.

(2) « Lorsque Dieu dit aux anges : Je vais établir un vicaire sur la terre, les anges répondirent : Vas-tu placer sur la terre un être qui y propagera le mal et répandra le sang pendant que nous célébrons tes louanges et que nous te sanctifions sans cesse ? — Je sais, répondit le Seigneur, ce que vous ne savez pas » (Koran : Sourat « la vache », verset 28).

(3) « A. L. M. Voici le livre sur lequel il n'y a point de doute, c'est la direction de ceux qui craignent le Seigneur ; de ceux qui croient aux choses cachées, qui observent exactement la prière et font des largesses des biens que nous leur dispensons » (Koran, trad. Kazimirski : Sourat « la vache », versets 1 et 2).

« O hommes, adorez votre Seigneur, celui qui vous a créés, vous

beaucoup plus de place que le droit. Cinq cents versets à peine sont susceptibles d'application judiciaire. Les versets contenant les décisions juridiques, datent en général du séjour du prophète à Médine (1). Ils revêtent presque tous le caractère de décision d'espèce provoqués par des cas concrets et réels (2). Ils sont en général révélés pour résoudre des conflits qui avaient surgi entre les musulmans peu de temps auparavant ou pour répondre à des questions adressées au prophète (3). On n'a pas de peine à démontrer cette vérité, les exemples sont multiples dans le Koran, les « ouçoulioun » (4) vont même jusqu'à dire que tous les versets du « Koran » contenant des décisions juridiques ont été provoqués par des incidents spéciaux et révélés dans des circonstances particulières. Aussi prescrivent-ils comme condition indispensable pour l'acquisition de la qualification de « Mudjtahid », la connaissance de ces incidents et de ces circonstances. Nous donnerons ci-dessous quelques exemples

et ceux qui vous ont précédés. Craignez-moi. (Koran, verset 19 du Sourat « la vache ».

(1) Al Khudary Bey : *Histoire de législation islamique*.

(2) Les juristes de la méthode, ceux qui écrivent sur la base de droit (Ouçoulioun) considèrent, cependant, ces versets d'une portée générale, ne se confinant pas au seul cas qu'ils sont venus résoudre (Al Khudary Bey, Ouçoul el Fikh).

(3) Abu-l-Fath : *Histoire de législation et Ouçoul el Fikh*, p. 4; Al Khudary Bey : *Histoire de législation islamique*.

(4) Les jurisconsultes de méthodes, ceux qui traitent cette branche de la science du droit concernant « les fondements du droit »,

démonstratifs de ce caractère particulier de la législation « Koranique ». La révélation des dispositions concernant la dévolution de la succession et la part qui doit revenir à chaque héritier, a comme cause un conflit qui surgissait peu de temps avant la révélation de ces dispositions.

Le conflit s'éleva à l'occasion de la succession d'un chef de maison (1) Aws ibn Thabit El Ansari mort sans laisser de fils ! — il laissait trois filles et une veuve. L'hérédité est appréhendée par ses cousins paternels, Soïd et Argafa qui ont pris possession de la succession. Le veuve du *de cuius* vint conter les faits au prophète et se plaignit de ce que les cousins ne lui ont rien laissé ni aux filles du *de cuius*. Le prophète après avoir entendu l'exposé des faits, dit à la veuve « Va-t-en jusqu'à ce que je connaisse ce que Dieu va révéler à ton sujet ». C'est alors que Dieu révéla au prophète le verset 8 de la « soura » 4 : « Les hommes doivent avoir une portion des biens laissés par leurs pères et mères et leurs proches; les femmes doivent aussi avoir une portion de ce que laissent leurs pères, mères et leurs proches. Que l'héritage soit considérable ou de peu de valeur, une portion déterminé leur est due ».

Cette disposition connue, le prophète envoie dire aux cousins paternels « Ne distrayez rien des biens du défunt, car Dieu, veut qu'on attribue une part aux femmes, mais n'a pas encore dit laquelle ». Plus tard Dieu révéla à

(1) Abu-l-Fath : *L'histoire de législation*, p. 20.

son prophète les dispositions concernant la quotité de cette part « Dieu vous commande, dans le partage de vos biens entre vos enfants, de donner au fils la portion de deux filles ; s'il n'y a que des filles, et qu'elles soient plus que deux, elles auront les deux tiers de la succession ».

La moitié des biens d'une femme morte sans postérité appartient au mari, et un quart seulement si elle a laissé des enfants, les legs et les dettes prélevés ».

« Les femmes auront un quart de la succession des maris morts sans enfant, et un huitième seulement s'ils en ont laissé, les legs et les dettes prélevés » (1).

Les dispositions concernant la répudiation des femmes, contenues dans les versets 1 et 2 de la « soura » de la « plaideuse » sont provoqués par l'incident suivant.

La femme de Aws ibn El Samit l'ayant contrarié, celui-ci jura de la « regarder comme sa mère », terme qui était considéré avant le temps de l'islamisme comme amenant la répudiation définitive. Le serment proféré, la femme de Aws vint au prophète et lui conta les faits. Le prophète lui répondit qu'elle était répudiée ; la femme répliqua : « O envoyé de Dieu ; il m'a épousée quand j'étais jeune et désirable ; et maintenant que j'ai atteint un âge avancé il me considère comme sa mère ». « Tu lui es défendue » dit encore le prophète. La femme reprend : « O envoyé de Dieu ; il n'a pas prononcé le mot de répudiation « talak » ; il est le père de mon fils

(1) Koran, chapitre 4, versets 12, 13 et 14.

et mon bien aimé et j'ai des petits-enfants de lui ; si je les garde, ils se corrompront et si je les confie à lui, il leur manquera de soin ». Le prophète lui répéta : « Tu lui est défendue ». « Je me plains à Dieu de ma pauvreté et de ma douleur » finit par dire la femme. C'est alors que Dieu fit connaître ses dispositions. « Dieu a entendu les paroles de celle qui a plaidé chez toi contre son mari et élevé des plaintes à Dieu. Il a entendu vos entretiens, car Dieu entend et voit tout. Ceux d'entre vous qui répudiaient leurs femmes en disant qu'ils les regarderont comme leurs mères — elles ne sont pas leurs mères : leurs mères sont celles qui les ont enfantés — profèrent une parole blâmable et une fausseté ».

Encore un exemple du même genre : « Murthid Al Ganauï », envoyé par le prophète pour une mission à la Mecque, y rencontra une jolie femme idolâtre, qui s'est offerte à lui pour qu'il l'épousât. Celui-ci accepta à condition que le prophète autoriserait ce mariage. De retour à Médine, « Murthid » soumit le cas au prophète et demanda son autorisation. Dieu, révéla alors sa décision : « N'épousez point les femmes idolâtres, tant qu'elles n'auront pas cru. Une esclave croyante vaut mieux qu'une femme libre idolâtre, quand même celle-ci vous plairait davantage. Ne donnez pas vos filles aux idolâtres tant qu'ils n'auront pas cru. Un esclave croyant vaut mieux qu'un incrédule libre, quand même il vous plairait davantage » (1).

Est-il de preuve plus frappante du fonctionnement de

(1) Verset 220 de « soura » « la vache ».

l'oracle judiciaire, que ces exemples ? Les décisions divines se dégagent des circonstances d'espèce particulières à l'affaire qui en a provoqué la révélation. Les maximes juridiques doivent en général leurs origines au fonctionnement de l'arbitrage ou de la justice divine. D'autres décisions sont données pour régler d'autres questions mais toujours sous la forme de solutions des cas concrets et futurs que Dieu prévoit.

« Ils t'interrogeront, comment il faut faire l'aumône. Dis-leur : Il faut secourir les parents, les proches, les orphelins, les pauvres, les voyageurs. Le bien que vous ferez, sera connu de Dieu. » (1) « Ils t'interrogeront sur le vin et le jeu. Dis-leur : dans l'un comme dans l'autre il y a du mal et des avantages pour les hommes mais leur mal l'emporte sur les avantages qu'ils procurent. » (2) « Ils te consulteront ; dis leur : Dieu vous instruit au sujet des parents éloignés. Si un homme meurt sans enfant et s'il a une sœur, celle-ci aura la moitié de ce qu'il laissera. Lui aussi sera son héritier, si elle n'a aucun enfant. S'il y a deux sœurs, elles auront deux tiers de ce que l'homme aura laissé ; s'il laisse des frères et des sœurs le fils aura la portion de deux filles ». (3)

Voilà des « cases-law » artificiels à côté des « case-law » concrets et que M. Lambert compare (4) aux jugements abstraits, aux « Weisthümer » des coutumes germaniques et scandinaves. Il me semble que le caractère

(1) Verset 211, soura « la vache ».

(2) Verset 216, soura « la vache ».

(3) Verset 175, soura « An-nisa ».

(4) Lambert : *La fonction du droit civil*, p. 299.

jurisprudentiel du « Koran » est maintenant suffisamment prouvé. Ces dispositions sont cependant d'une portée générale. Elles ne sont pas destinées à solutionner le seul cas à propos duquel elles sont révélées mais tous les cas de même nature qui peuvent se produire dans l'avenir. Le Koran contient cependant quelques principes fondamentaux que les « ouçoulioun » considèrent comme « base » de la législation islamique, aussi bien la Koranique que les autres. De tels principes, nous trouvons ceux-ci dans la « soura » de la « vache » « Dieu n'exigera de chacun que suivant ses forces ». « Seigneur, ne nous charge pas au dessus de nos forces » (1) qui sont considérés comme démontrant le caractère humain de la législation, les lois ne doivent donc pas être lourdes à supporter

III

La Sunna

On désigne par ce mot, l'ensemble des paroles prononcées par le Prophète, de ses actes, et de ses approbations tacites. Pendant toute sa carrière prophétique, à raison du nombre peu élevé (2) des textes juridiques contenus dans le Koran et de leur forme très sommaire, le Prophète a été appelé à expliquer les textes du Koran

(1) Verset 286.

(2) Sur 5.000 versets, c'est tout au plus si le Koran en contient 500 se référant à des matières juridiques.

et à donner des solutions aux difficultés auxquelles les textes ne semblaient pas applicables. Il fut donc amené dans ses décisions judiciaires, dans ses réponses à des questions, ou dans des paroles adressées à ses disciples à commenter et à compléter la révélation.

Après la mort du Prophète, l'on considéra en plus, ses actes ou ses approbations expresses ou tacites comme étant au même rang que ses décisions ou ses paroles, une source formelle du droit ; ce qu'il a fait ou approuvé était considéré comme valable, ce qu'il a réprouvé étant non valable.

C'est par la parole que sont transmis, tout d'abord, les « Hadiths ». Les compagnons qui entendaient la parole du Prophète, la transmettaient à leurs disciples, ceux-ci, à leur tour la transmettaient à d'autres, et ainsi de suite. Cependant, la « Sunna » a été l'objet, dès le commencement du deuxième siècle de l'hégire, de diverses transcriptions.

Les premiers recueils étaient assez confus (1). Les « hadiths » n'y étaient nullement groupés par ordre de matière, d'après leur contenu, mais sous le nom du compagnon qui les avait fait connaître. Ce n'est qu'au troisième siècle de l'hégire qu'apparurent les recueils de traditions méthodiques les plus estimés (2). Le nom-

(1) Houdas : *Introduction à la traduction du Sahih El Bakhari*, tome II.

(2) Ces recueils sont au nombre de six qu'on appelle les « Sihah » : Sahih El Bokhari (195-254) ; Sahih Muslim (204-261) ; Sahih Ibn Madjeh ; Sahih Abi Dawoud ; Sahih Al Thermizi et Sahih Al Nisaï ;

bre des « Hadiths » rapporté dans ces recueils est très grand ; grand nombre de faux « Hadiths » ont été inventés par les collectionneurs et les diverses sectes pour constituer un appui à leur cause. Les jurisconsultes musulmans se méfiaient, d'assez bonne heure, de ce genre de « Hadiths » inventés ou falsifiés ; les premiers Khalifes justes soumettaient les relateurs des Hadiths à un examen sérieux pour s'assurer de leur probité. Plus tard fut formée une science spéciale de tradition, formulant les principes d'après lesquels doit être apprécié le caractère parfait, bon, ou faible des appuis sur lesquels sont étagées les traditions. On examinait ainsi les relateurs des traditions, en repoussant celles dont les relateurs n'inspiraient pas confiance, mais jamais on a pensé à examiner les traditions elles-mêmes d'après leur contenu, pour repousser celles qui semblent invraisemblables ou d'une portée douteuse. La « Sunna » est donc, l'ensemble des règles qui ressort de la conduite du Prophète dans sa vie publique ou familiale, de ses décisions judiciaires, de ses actes ou de ses attitudes. De telle règles ne peuvent être, de par leur nature même, que très brèves. Elles fournissent la solution des cas d'espèces isolés : ce sont des décisions d'espèces.

« En tant qu'elle s'est exercée dans le domaine du droit, l'action créatrice de la « Sunna » nous apparaît primitivement comme une conséquence nécessaire, plus tard comme un prolongement naturel de la fonction arbi-

les deux premiers sont aujourd'hui les plus consultés et les plus connus.

trale, de la mission de révélation du droit si étroitement rattachée par les idées du temps à la qualité d'envoyé de Dieu..... Ses décisions (du prophète) arbitrales, les réponses faites par lui aux demandes de consultations, alors même qu'elles n'avaient pas trouvé place dans les versets d'une des « Souras » n'en devaient pas moins, par le seul effet des conceptions du droit, communes à la société arabe et à tant d'autres civilisations anciennes, prendre nécessairement la valeur de précédents obligatoires (1) ».

Nous ne sommes nullement embarrassé ici pour démontrer ce caractère inhérent à la « Sunna ». En effet, en ce qui concerne les actes et les approbations tacites du « prophète » on ne peut même pas concevoir qu'ils puissent susciter des règles générales, des normes juridiques. Il fait un acte quelconque, alors cet acte reste valable pour les musulmans, il voit un disciple faire un acte ou prononcer une décision juridique quelconque (2) sans le lui défendre ou le désapprouver, cet acte ou cette décision reste désormais valable et acquiert autorité. Ils ne peuvent être que des actes particuliers ou isolés ou des décisions d'espèces. Al Bokhari nous en rapporte la preuve dans son « Sahih », nous prenons les exemples de la « Sunna »

(1) Opinion citée par M. Lambert dans son ouvrage *La fonction du droit civil* auquel nous empruntons la formule. Je me rallie avec bonheur et conviction à cette opinion qui représente avec toute clarté la conception que j'avais conçue de la législation islamique avant même de connaître l'existence de l'ouvrage de M. Lambert.

(2) Nous entendons parler ici seulement des actes ou paroles dont il puisse résulter une conception juridique quelconque.

dans ce Recueil, au hasard sans faire aucun choix.

« Suivant Abou Houraira, lisons-nous dans le Sahih, le prophète a dit : « Dieu n'a pas envoyé un seul prophète qui n'ait gardé des moutons. Eh bien ! et toi ? demandèrent ses disciples. — Oui, moi-aussi, répliqua-t-il, j'ai été le berger des gens de la Mecque moyennant des Qirat (1) ». De cet acte du prophète on conclut à la légalité de l'acte « de garder un troupeau pour une somme d'argent.

Un autre exemple des actes juridiques du prophète :

« Djabir ibn Abdallah a dit : « j'étais en expédition avec le prophète quand il me dit : « Qu'a donc ton chameau ? Veux-tu me le vendre ? — Certes, oui, répondis-je. Et je le lui vendis. Quand le prophète fut arrivé à Médine, je lui amenai le chameau et il m'en donna le prix » (2). Ce qui fut considéré comme autorisant celui qui ne possède pas le prix de l'objet ou qui ne l'a pas par devers lui, d'acheter à crédit.

Quant aux décisions et aux paroles du prophète, elles constituent presque toutes, des décisions ou des consultations d'espèce. Les principes juridiques, tels que « La preuve incombe au demandeur et le serment à celui qui dénie » sont plutôt rares. Les normes juridiques abstraites sont relativement peu nombreuses, aussi bien dans le « Koran », que dans la « Sunna ». Le prophète, disons-le, ne faisait fonction du légis-

(1) Bokhari (Sahih El), trad. de Houdas et Marcais, t. IV, titre XXXVII, chapitre II ; le Qirat vaut le 20^e ou le 24^e du dinar.

(2) Bokhari, t. IV, titre XLIII, chapitre 1^{er}

lateur tel que nous concevons cette fonction aujourd'hui, mais d'un juge, d'un arbitre ou d'un conseiller juridique. Prenons, encore toujours dans le même recueil quelques autres exemples.

La quotité disponible de la succession quand il a des héritiers légaux est limitée au tiers des biens du testateur par le « hadith » suivant, rapporté par Sad ibn Abu-Ouagguas. « L'année du pèlerinage d'adieu, dit-il, le Prophète vint me visiter au cours de maladie qui m'avait mis à deux doigts de la mort. O envoyé de Dieu, lui dis-je, tu vois à quel point je suis souffrant ; j'ai de la fortune et pas d'autres héritiers que ma seule fille. Dois-je faire une libéralité de deux tiers de mes biens ? (leg par testament). « Non », me répondit-il, la moitié ? — « Non, le tiers et c'est même beaucoup. Il vaut mieux laisser tes héritiers riches, plutôt que de les laisser dans la misère obligés de mendier » (1).

La vente des animaux crevés et des idoles fut prohibée par un « hadith » du même genre rapporté par Djabir ibn Abd-Allah. Aux paroles du Prophète « Dieu et son Envoyé ont défendu la vente du vin, des animaux crevés, du porc et des idoles », quelqu'un disait « O Envoyé de Dieu que penses-tu des graisses des animaux crevés, elles servent à enduire les vaisseaux, à graisser les peaux et à alimenter les lampes du peuple. « Ne les vendez pas » répondit-il cela est interdit ».

Les décisions judiciaires du prophète ? Elles sont très nombreuses et aussi brèves que possible. Aussi je lis dans

(1) Bokhari (Sahih El), trad. Houdas, t. I, ch. III, titre XLIX.

une récente édition, contrôlée, par des « Oulemas » du Caire d'un livre intitulé « *Zad El Ma'd* (1) » : « Le prophète a jugé que la meurtrière enceinte ne sera tuée qu'après l'accouchement et qu'après que l'enfant n'aura plus besoin de ses soins (2) ; il a jugé que le père meurtrier de son fils ne sera pas tué » qu'un musulman ne sera pas tué pour l'assassinat d'un infidèle. Suit de nombreux jugements pénaux de même genre se référant chacun à un seul fait isolé et concret.

IV

L'IDJMA' ET LE « KIYAS »

« TROISIÈME ET QUATRIÈME SOURCES DU DROIT »

L'Idjma' Al Oumma » « consensus omnium » qui signifie à la lettre l'entente unanime de la communauté n'a pas existé comme tel dans l'islam. L'idjma mode de production juridique, est le résultat de l'activité des savants ; juristes et théologiens ; c'est de l'accord des seuls savants experts en droit et en religion que ressortaient les décisions juridiques constituant le droit définitif et obligatoire : l'accord unanime des savants d'une époque déterminée sur une solution juridique. La grande part laissée par la nature du « Koran » et de la « Sunna » à la science juridique rendait très important le rôle des juristes dans l'élaboration du droit musulman. Les sa-

(1) Ibn El Kaïm (Al Djozi) : « *Za'd El Ma'd fi huda Kaïr el Ebad* », t. III, p. 204 et suiv.

(2) Rapporté par Ibn Mageh.

vants « les Mudjtahidin » se sont livrés dès les premiers temps de l'islamisme à un travail d'analyse et d'interprétation, sur les textes juridiques du Koran et de la « Sunna », pour trouver la solution des conflits nouveaux, pour extraire le droit applicable à une société nouvelle et dans des conditions toute différentes de celles qui existaient auparavant.

Dans ce travail d'élaboration du droit ; Si les savants d'une époque déterminée, tombaient d'accord sur une décision juridique ou sur un point de droit quelconque, cette décision ou ce point du droit resterait désormais hors de toute discussion, de toute divergence d'opinion. Mais est-il possible qu'un tel accord unanime se réalise dans l'état que nous connaissons de la société musulmane. Ecartons tout d'abord avec M. Lambert, l'idée d'une assemblée juridique ou une conférence quelconque qui aurait réuni tous les savants pour discuter sur des questions de droit (1). L'histoire de la législation islamique ne laisse pas supposer l'existence de telles assemblées. Khudary Bey dans son « Ouçoul Al-Fikh » ne se permet que de proposer une simple conjecture sur l'existence de telle conférence. L'idjmà serait-il donc irréalisable. On l'a prétendu (2) ; on peut cependant concevoir la réalisation de l'idjmà à l'époque de deux premiers Khalifes Abu-Bakr et Omar, les savants étant encore peu nombreux et le monde musulman étant peu étendu. On ne peut pas cependant même à cette époque, affirmer qu'il

(1) Opinion citée : *La fonction du droit civil*, p. 330.

(2) Voir Khudary Bey : *Ouçoul el Fikh*, p. 340.

y avait vraiment un accord unanime entre les savants « Mudjtahidin ». Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'il existait à cette époque, comme dans les époques ultérieures un certain nombre de questions de droit sur lesquelles on ne connaît pas des divergences entre les savants « Mudjtahidin ». A cette sorte (divergente) d'idjmà on accorde le nom de « Idjmà Sikouti », accord tacite. Cet accord tacite jouit d'ailleurs aux regards des musulmans de la même autorité que l'accord exprès.

Le Kiyas, analogie légale considéré par les « ouçoulioun » comme la quatrième source du droit musulman, ne mérite pas, à la vérité, cette qualification (1). Le Kiyas, hâtons-nous de le dire, constitue un des procédés de la science juridique employés par les jurisconsultes musulmans pour extraire, des sources principales : le Koran et la Sunna, les décisions juridiques applicables aux nouveaux conflits. Peut-on considérer un tel procédé comme source de droit ? Non, certes, c'est plus exactement, l'instrument principal de travail juridique entrepris par les savants musulmans, travail dont « l'idjmà » est le produit.

Ainsi nous apparaît ce lien intime qui rattache le

(1) Opinion soutenue par le savant orientaliste : Schnouc-Hurgtouje dans la *Revue d'histoire des religions*, XXXVII, p. 175 et suiv.; le savant orientaliste attribue le classement du Kiyas parmi les sources du droit à des raisons historiques : les attaques de quelques théologiens et juristes contre la validité du Kiyas comme procédé d'investigation et de recherches scientifiques, auraient amené les écoles orthodoxes à le classer parmi ces sources pour le mettre à l'abri de ces attaques.

Kiyas à « l'idjmà ». Les savants dans leurs recherches scientifiques du droit, ont à leur service les multiples procédés de la science juridique ; ils aboutissent dans leurs recherches à des résultats ; si les savants d'une même époque arrivent tous, aux mêmes résultats, s'il y a accord unanime entre eux sur les droits nouveaux qu'ils élaborent, il y a « idjmà », le droit est désormais définitif et uniforme sur les questions à propos desquelles l'« idjmà » s'est exercé — ; la voie de la libre recherche scientifique est bloquée ; il ne peut plus avoir de divergence sur les mêmes questions. Dans le cas contraire, le champ reste libre à la recherche scientifique et le droit reste divergent.

La question de l'idjmà et du Kiyas est donc, à vrai dire, celle-là même de « la recherche scientifique du droit par les savants musulmans », question à laquelle nous consacrerons une étude particulière avec toute l'ampleur qui lui est due.

SECTION DEUXIEME

« L'ÉLABORATION PROGRESSIVE DU DROIT MUSULMAN » (I)

I

Le juge et le « Mufti »

Le caractère particulier, — « case-law » décisions sur cas isolé —, des dispositions juridiques du « Koran »

(I) Van Den Berg : *Principes du droit musulman* ; Khudary Bey : *Histoire de législation* ; Ouçoul el Fikk ; Ibn Khaldoun : *Prolégomènes*, trad. de Slane.

et de la tradition, tel que nous l'avons montré, nous explique aisément l'insuffisance de ces dispositions à régler la vie juridique, d'un peuple dont le nombre grandissait avec rapidité, dont les besoins se multipliaient et se différenciaient avec le temps, d'une société toute différente de celle dans laquelle ces dispositions ont pris naissance, par sa civilisation et par sa vie économique plus compliquée.

Les dispositions juridiques du « Koran » et de la « sunna » doivent, comme nous l'avons montré, leur naissance à des accidents et à des circonstances particulières à cette société arabe encore très rudimentaire et trop simple pour susciter des dispositions d'autre nature. Or cette société s'est, en peu de temps, complètement transformée ; elle s'est rapidement développée.

L'islam a conquis du nouveau terrain, son pavillon flottait sur une grande partie du monde ; des sociétés nouvelles se sont soumises à son autorité. Il fallait appliquer le droit de l'islam à cette grande masse de peuples qui venait d'embrasser l'islamisme, mais il ne fallait, certes, pas songer à rester fermement attachés aux seules règles contenues dans le livre saint et dans la Sunna. Ce serait reconnaître l'impuissance de cette loi éternelle, de cette religion nouvelle qui est venue assurer le bonheur et la force aux nations qui devaient l'embrasser. Non. La loi islamique contenait en elle-même le moyen de se développer et de progresser : la force d'évolution. Un travail d'investigation et d'analyse devaient être donc entrepris pour extraire de deux sources principales, les

solutions juridiques qu'elles ne contenaient pas textuellement, mais auxquelles elles fournissaient cependant l'appui, la base. Cette œuvre législative ne fut pas accomplie en une seule fois, mais progressivement au cours du temps et suivant les besoins qui se faisaient sentir à chaque époque. Autorisés par les textes mêmes du « Koran » et de la « Sunna » les « Foukaha » les « Mudjtahidin » des premiers temps de l'islam ont collaboré à l'élaboration d'un corps de jurisprudence qui fut définitivement établi au cours du 3^e siècle de l'hégire par les quatre grands Imans fondateurs des rites et maîtres de quatre écoles de jurisprudence (1). Une véritable œuvre créatrice du droit et non simplement interprétative (2), à l'accomplissement de laquelle, les jurisconsultes musulmans ont montré une grande habileté et une connaissance complète de toutes les branches de la science juridique auxquelles ils ont fait appel dans leur travail. Ce sont ces « Mudjtahidin », ces « Foukaha » dont le nombre n'est pas limité, dont la réunion n'est pas assurée et qui travaillent en général, isolément, qui constituent le pouvoir législatif de l'islam (3). Tout jurisconsulte ayant le titre de « Mudjtahid » acquérait par là même, la capacité de manier les bases du droit, de les interpréter et de créer le droit nouveau qui aura, par le seul fait qu'il

(1) Nous parlerons plus loin de l'œuvre de ces quatre chefs d'école.

(2) Nous montrerons plus loin l'importance et le grand essor de cette œuvre législative.

(3) Khallaf (Abd El Wahhab) : Cours donné à l'école de « Kada el Shari » du Caire, p. 71 et 72.

émane d'un « Mudjtahid », force de loi (1). Le prince lui-même n'a aucune autorité législative (2) s'il n'est pas un Mudjtahid. Quant au titre de Mudjtahid, il n'était nullement conféré par l'état; c'est au contraire en quelque sorte la communauté qui le conférait aux jurisconsultes; se sentant capables de manier les bases du droit et d'en extraire des décisions nouvelles; le jurisconsulte se mettait en œuvre, et, suivant son mérite et la considération qu'il pouvait avoir aux yeux de la communauté musulmane, il devenait mudjiahid ou non. La science juridique a fourni aux jurisconsultes, dans l'accomplissement de ce travail, l'instrument d'investigation et de recherches scientifiques dont nous verrons plus loin les bienfaits.

Les jurisconsultes accomplissaient cette tâche heureuse dans deux champs d'activité juridique distincts à la vérité, mais dont les produits se ressemblaient, dans la nature et dans la forme, à un tel point qu'on pourrait à peine les distinguer. Ces deux champs sont, d'une part l'enseignement doctrinal, « Les Fetwa » et d'autre part les décisions judiciaires.

Pendant trois siècles, le Juge musulman par ses décisions judiciaires, et le « Mufti » par son enseignement et ses consultations juridiques ont travaillé côte à côte

(1) Kadoz : *Initiation à la science du droit musulman*, p. 35. Le Khalife ou le prince d'une partie quelconque du monde musulman pouvait donner sa préférence à la jurisprudence élaborée par un tel Mudjtahid sur celle d'un autre; le droit élaboré par tout « Mudjtahid » sans acquérir l'adhésion du Khalife ou du prince, constitue néanmoins une partie du droit musulman qu'on doit respecter.

(2) Van den Berg : *Principes du droit musulman*, p. 8.

à l'élaboration de cette masse énorme de Jurisprudence. Il ne faut pas s'illusionner sur l'état de la judicature pendant ces premiers temps de l'islamisme. Les Juges doivent tous, leur poste à leur qualité de jurisconsultes « Mudjtahid ». Des conflits surgissent entre musulmans ; les plaideurs viennent au « Kadi » pour qu'il leur trouve une solution, celui-ci cherche cette décision dans le livre saint tout d'abord et, s'il ne la trouve pas, il revient à la « Sunna » et s'il ne l'y trouve pas non plus, il s'en remet à sa connaissance de la science du droit pour faire subir aux textes juridiques existants une investigation scientifique à l'aide de laquelle il découvrira le jugement demandé, et, une fois le jugement connu, il fera loi au même titre que le Fetwa d'un jurisconsulte.

L'un et l'autre emploie dans sa recherche du droit le même procédé, et exerce la même liberté d'investigation. Encore plus, pendant le premier temps de l'islamisme, les litigants, n'étaient à la vérité, que de simples consultants, ils venaient au « Kadi » résolus à l'avance à se soumettre à sa décision ; il voulaient simplement savoir que décidait la loi, et quand ils le savaient, ils exécutaient leur jugement eux-mêmes (1).

Quant à la forme, les « Fetwas » doctrinaux se rendaient dans la même forme que les décisions judiciaires, décisions sur cas d'espèces existants ou imaginés. En somme, aucune différence entre les deux, sauf que les Mufti pouvaient se prononcer sur des cas imaginés. Ainsi

(1) Khudary Bey: *Histoire des nations islamiques* « Al Omam Al Islamia », p. 457.

le juge collabora pendant les trois siècles ou quatre d'activité juridique de l'islam à l'élaboration du droit sur le même pied d'égalité que le « Mufti ». Il est de plus, certain que pendant le premier siècle de l'hégire, les Jurisconsultes « Mudjtahidin » se sont défendus de se prononcer autrement que sur des conflits réellement existants, ils attendaient qu'il y ait un cas concret, un litige présent, pour lui donner la solution nécessaire. C'était le juge qui avait plus de chance de décider que le « Mufti » (1).

Les décisions judiciaires du prophète sont nombreuses, nous l'avons vu. Ceux des quatre premiers Khalifes (2) justes et d'autres juges des époques suivantes ne le sont pas moins. Les ouvrages de jurisprudence contiennent un très grand nombre de décisions judiciaires. Il est bon de remarquer ici que, si les juges des premiers siècles ont collaboré par leurs décisions judiciaires à l'élaboration du droit musulman, ils n'ont pas cependant acquis cette autorité en tant que juges mais, au contraire, parce qu'ils étaient de « Mudjtahidin » (3) ayant la

(1) Khudary Bey : *Histoire de législation*, p. 170.

(2) Souvenons-nous de ce que nous avons dit aux chapitres 1 et 2 ; les Khalifes sont les premiers juges de l'Islam. Les décisions judiciaires de l'Islam n'ont pas été réunies dans des recueils spéciaux, mais tous les ouvrages de jurisprudence « Fikhs » en contiennent un grand nombre et s'y réfèrent souvent.

(3) Tous les juges de premiers temps de l'Islam étaient autant de jurisconsultes « Mufti » que de « juges ». Ainsi, les noms d'Abd-Allah ibn Masoud, le Kadi de Kufa, mort en 32 H., de Abu Idris El Khawlani, Kadi de Damas, mort en 80 H.; de Al Kindi, Kadi de Kufa, mort en 78 H.; de Amor ibn Sharahabile, Kadi de Kufa, mort en 104 H.; de Al Nakhaï, élève d'Abu Hanifa; de Ibn Abi Laila; de

capacité de manier les bases du droit. Tous les juges de cette époque sont d'ailleurs, des « Mudjtahidin », nous avons vu précédemment qu'une des conditions exigées du Juge de l'islam était celle d'être « Mudjtahid ».

Ainsi comme nous le voyons, les juges de l'islam ont, aussi bien que les juges anglais en ce qui concerne la Common law et l'équité contribué à la formation progressive du droit islamique, avec cette différence importante que la « Common law » anglaise doit, comme nous l'avons montré, son existence à l'œuvre des juges, au sein des cours de justice, tandis que la jurisprudence islamique ne doit pas son existence précisément au juge, mais aux « Mudjtahidin » quels qu'il soient, juges ou jurisconsultes, ce qui fait que la doctrine islamique a un rôle autrement important dans le droit musulman, tandis que le rôle de la doctrine dans l'élaboration de la Common law est secondaire par rapport à celui des juges. Quant à la force créatrice du droit que nous avons reconnue aux juges anglais, elle appartient aussi aux juges et jurisconsultes musulmans, comme nous le montrerons tout à l'heure.

La discussion du point concernant le rôle du juge et de jurisconsulte, que l'intelligence de notre étude a rendue nécessaire, une fois terminée, nous abordons maintenant, la question de la formation de la jurisprudence islamique sans plus nous occuper de la part entreprise

Abu Yousuf Al Ansaari; de Bakkar ibn Katibah, mort en 290; de Altomonkhi connu sous le nom de Sahnoun, mort en 240 H., et tant d'autres encore figurent parmi les jurisconsultes les plus éminents de l'Islam aussi bien que parmi les juges les plus considérés.

par l'un ou par l'autre, étudiant seulement le processus d'évolution juridique de ce droit qui, ayant à l'origine une matière très concise, a fini par constituer un corps immense de jurisprudence dont les recueils de chaque rite ne comptent pas moins de sept grands ouvrages de grand format, contenant chacun des milliers et des milliers de « cases ». Comment s'est créé ce corps de jurisprudence ? C'est ce que nous allons voir tout de suite.

II

« LA FORMATION DE LA JURISPRUDENCE MUSULMANE » (1)

Dès le premier temps de l'islamisme et tout de suite après la mort du prophète, les juriconsultes « Mudjtahidin » ont senti l'insuffisance des textes du Koran et de la Sunna — pris littéralement en se fiant à leur sens apparent, — à régler tous les conflits qui ont surgi dans la communauté musulmane. Ils se sont mis donc tout d'abord à un travail d'investigation et d'interprétation des textes du Koran et à une œuvre de triage, si j'ose dire, en ce qui concerne les « Hadiths ».

Pour interpréter les textes du « Koran » et de la « Sunna » les premiers musulmans, les compagnons du prophète étaient tous fort capables de le faire. Ces textes sont conçus dans leur langue habituelle, dont la connaissance leur était une faculté naturellement acquise : la

(1) Ibn Khaldoun : *Prolégomènes*, traduction de Slane, I, III ; Khudary Bey : *Histoire de législation* ; Lambert : *La fonction du droit civil* ; Abu-l-Fath Bey : *Histoire de législation et Ouçoul el Fikh*.

langue arabe ; il y avait cependant, des divergences d'opinion entre les légistes de cette époque résultant d'une différence d'interprétation : Quant à la « Sunna » les légistes de ces premières années de l'ère musulmane lui ont fait subir un examen sérieux ; même à cette époque toute proche encore du temps du prophète, on montrait une certaine méfiance des Hadiths » mensongers, on redoutait l'invention des « Hadiths » par des hommes sans conscience, on redoutait leur falsification. Aussi voyons-nous les Khalifes Abu Bakr et Omar exiger pour l'acceptation d'un « Hadith », qu'il soit relaté par deux personnes au moins ; le Khalife Ali-Ibn Abi Talib exigeait son serment du relateur. Ils conseillaient tous aux musulmans de ne pas abuser dans la relation de Hadith (1). Les Hadiths en cours pendant cette époque furent par conséquent relativement peu nombreux.

Il se présentait d'autre part des cas nouveaux à la solution desquels aucun texte de loi ne s'appliquait ; on recourait à la déduction analogique ou au « Raaï » ; l'opinion pour découvrir la solution désirée (2).

(1) Khudary Bey : *Histoire de législation*, p. 62 et suiv. ; Al Hafiz raconte, d'après Shâbi, d'après Kurza ibn Ka'b que ce dernier a dit : « Quand Omar (Khalife) nous envoya à la conquête de l'Irak, il nous accompagna un bout de chemin et nous dit enfin : « Savez-vous pourquoi je vous ai accompagné ? ». On lui répondit que c'était par considération pour nous. Il dit alors : « Et pourtant vous arrivez à un village qui se tient ardemment aux textes du Koran (et vous l'en détournent par la relation des Hadith). Ne les détournent pas de cette voie par les Hadiths ; laissez-les se tenir au Koran ; ne relatez pas beaucoup des Hadiths. »

(2) S'il est certain que pendant les premiers siècles de l'hégire les

Nous croyons utile de reproduire ici quelques-unes de ces décisions, pour lesquelles, ils ont eu recours au Raaï.

a) Le Khalife Abu Bakr partageait les butins de la guerre entre les guerriers à part égale. Omar, après lui, distingua entre les guerriers et donna à chacun la part qu'il méritait suivant ses mérites et son rang, divisant les guerriers en diverses classes distinctes.

b) Dans le Muata de l'Iman Malik est rapporté ce jugement du Khalife Omar : Al Dahak ibn Khalifa ayant un intérêt à faire passer un cours d'eau dans le terrain de Ibn Muslimah, celui-ci s'en défendit ; le litige vint devant le Khalife Omar, qui donna droit à Al Dahak, en ordonnant ibn Muslimah à laisser passer le cours d'eau dans ses terrains parce que, dit-il, « ce cours d'eau ne pouvait causer aucun dommage à Ibn Muslimah et était d'un grand intérêt pour Al Dahak ». Ainsi l'intérêt général dicta à Omar cette sentence très juste pour laquelle les textes ne fournissaient aucune disposition précise.

c) Abu Bakr n'accordait aucune part de la succession aux frères et sœurs, dans le cas où ils se trouvaient avec le grand-père, lequel les empêchait d'hériter. Omar n'était pas du même avis ; chacun décidait selon son opinion « Raaï ».

légistes musulmans avaient recours à la déduction analogique et au « Raaï » pour découvrir les décisions juridiques que les textes ne fournissaient pas, la genèse de ce procédé ne nous fut clairement connue que plus tard par les traités que les jurisconsultes du deuxième et du troisième siècles de l'hégire ont rédigé sur cette branche importante de la science juridique appelée *Ouqoul el Fikh*.

d) Du temps du prophète, les trois répudiations prononcées en même temps n'étaient considérées que comme une seule répudiation, Omar Ibn El Kattab les considérait comme trois répudiations apportant la séparation définitive entre les époux (1).

e) Une décision fort intéressante dans la conclusion de laquelle apparaît nettement le rôle du « Raaï », est celui concernant les dîmes « Kharadj », dont Omar a frappé les propriétaires du terrain de l'Irak et de la Syrie après leur conquête par les musulmans ; ce qui était contraire au principe du droit qui édictait le partage du butin entre les guerriers. Je me borne ici à reproduire l'histoire de cette décision importante, telle qu'elle est donnée par Abou Yousof yà Koûb dans son livre intitulé « le livre de l'impôt foncier traduit en français par M. Fagnan (2).

« Certains demandaient (au Khalife Omar) la reconnaissance de leurs droits et le partage de leurs conquêtes : Mais, dit Omar, quelle sera donc à l'avenir la situation des musulmans, qui trouveront le sol et ses habitants devenus, par suite d'un partage antérieur, des propriétés héréditaires et détenues par des possesseurs ? Celà n'est pas raisonnable. Qu'est-ce donc, objecta Abd-er-Rahman ibn Awf, qui est raisonnable ? Le sol et ses habitants ne peuvent être considérés autrement que comme faisant

(1) Le droit musulman permet au mari de reprendre sa femme après la première répudiation, et aussi après la deuxième quoique dans des conditions différentes ; mais après la troisième répudiation, celle-ci devient définitive. Les époux ne peuvent se remarier qu'après avoir satisfait à des conditions fort rigoureuses et répugnantes.

(2) P. 39.

partie des choses qu'Allah leur a fait revenir. Les choses ne sont pas, répartit Omar, telles que tu dis, et mon avis est différent, car certainement il ne sera plus, après moi, conquis de pays, renfermant des richesses aussi grandes ; il se peut même que les conquêtes ultérieures deviennent une charge pour les fidèles. Quand j'aurai fait la répartition du sol de l'Irak et de ses habitants comment pourvoir à la défense des places frontières ? Qu'est-ce qui restera dans cette région et ailleurs pour les besoins des enfants et des pauvres de Syrie et d'Irak ? Les guerriers insistèrent : « Vas-tu, dirent-ils, immobiliser ce qu'Allah nous a fait revenir grâce à nos épées, au profit de gens qui n'ont pas participé à nos combats et ne les ont pas vus, ainsi qu'à leurs fils et petits-fils qui n'y ont pas davantage assisté » ? Omar se borna à leur répondre que c'était là une opinion ».

Omar consulta cependant les jurisconsultes de l'époque sur la question et leur expliqua son opinion ; la majorité confirma l'opinion d'Omar et la propriété du sol de la Syrie et de l'Irak fut par conséquent conservée aux habitants sujets au paiement d'un impôt foncier « Kharadj ».

De ces décisions précitées, nous apercevons clairement le rôle du pouvoir créateur des légistes dans la formation de la jurisprudence (1).

(1) On relève dans les ouvrages de Fikh quelques paroles attribuées aux compagnons du prophète, hostiles à l'emploi de la déduction juridique ou du « Raaï », mais ces paroles ne réfèrent qu'au mauvais « Raaï », celui qui va à l'encontre d'un texte exprès du Koran ou de la Sunna jugée certaine : (Ibn Kaïm Al Djozi : Eilam Al Mouakkeim An Rab El Allamin).

La jurisprudence islamique allait par la suite en se développant sous l'influence de la science juridique qui marquait elle aussi, un progrès très rapide. Vers la fin du premier siècle de l'hégire, la jurisprudence se partagea en deux systèmes, dont l'un était celui des docteurs qui décidaient d'après leur propre jugement et au moyen de la déduction analogique. Le second système était celui des traditionnistes (2). Les partisans du premier système considéraient la législation islamique : « Le Koran et la Sunna », comme un ensemble, ils s'efforçaient à découvrir dans ses dispositions les principes directeurs de cette législation, les motifs des décisions qui s'y trouvent et, ayant découvert ces principes fondamentaux, cet esprit général de la législation, ils se sont guidés dans leur recherche du droit nouveau par cet esprit général, ou ces principes fondamentaux de législation.

Les adeptes du deuxième système « système traditionniste » se cantonnaient, au contraire, aux textes du Koran et de la Sunna », s'arrêtant aux dispositions de ces deux sources ne cherchant rien au delà (1).

De ces deux systèmes sont sorties, au siècle suivant, les quatre grandes écoles de la jurisprudence musulmane qui ont subsisté jusqu'à nos jours et dont nous parlerons ci-dessous.

Avec le deuxième siècle de l'hégire sonna une ère nouvelle de floraison et d'épanouissement de la jurisprudence islamique ; la civilisation islamique atteint le

(1) Ibn Khaldoun : *Prolégomènes*, t. III p. 3, traduction de Slane.

(2) Khudary Bey : *Histoire de la législation islamique*, p. 85.

faite du progrès et de floraison ; la science juridique ainsi que toutes les autres branches de la science attiraient l'attention d'un grand nombre de savants musulmans ; les discussions juridiques entre les légistes, encouragées par les Khalifes, prenaient une grande importance dans la société musulmane ; on discutait le point de savoir si la « Sunna » peut être considérée comme source de droit ou non, et si oui, quelles étaient les conditions à exiger pour son acceptation ? Comment assurer son authenticité « Tarik Itimad » ? on discutait enfin la valeur des procédés employés par les légistes dans leur recherche juridique du droit. Cette époque de floraison de la science juridique nous a produit les premiers ouvrages méthodiques de « Ouçoul-Al-Fikh » (1), c'est-à-dire de la science de la méthode, qui s'occupe des procédés à employer dans l'élaboration du droit. Cette époque nous a fourni aussi les meilleurs jurisconsultes fondateurs des rites, créateurs des méthodes juridiques. De ces rites, ou écoles quatre seulement (2) subsistent de nos jours : celle fondée par Abu Hanifa (3), celle de Malik (4), celle de Chafeï (5), et celle de Ahmed ibn Hanbal (6), les autres

(1) Le premier traité dans cette matière fut celui de Shafi, chef de l'école portant son nom.

(2) En étudiant les méthodes élaborées par les quatre chefs d'écoles orthodoxes, nous croyons fournir en même temps et par là même, l'explication nécessaire concernant l'œuvre créatrice de légistes musulmans.

(3) Né en 90, mort en 150 de l'hégire.

(4) Né en 93, mort en 179 H. et 795 J. C.

(5) Né en 150, mort en 204 H.

(6) Né en 164 H. (780-855 J. C.).

ont subsisté peu de temps et ont fini par tomber en désuétude. Ces quatre chefs d'école ont établi chacun un système de méthode juridique distinct, et ont élaboré, chacun en suivant sa méthode, un corps de jurisprudence (Forou Al Fikh). Nous parlerons tout d'abord des méthodes des maîtres et ensuite du corps de jurisprudence, des solutions juridiques qu'ils ont produit.

En ce qui concerne les textes du Koran et de la Sunna, ils s'accordent tous à leur reconnaître une autorité devant laquelle il faut s'incliner. Cependant pour les Hadiths, à raison de la falsification et de l'invention d'un grand nombre d'entre eux, suscitée par l'état politique de l'empire islamique à l'époque, ils ont suivi des voies différentes dans la recherche des vrais « Hadiths » dans cette masse énorme qu'ils avaient devant eux. Ainsi Abu Hanifa et ses disciples reconnaissent comme authentiques, seuls les Hadiths transmis par la commune renommée ou par une personne isolée mais qui sont en même temps reconnus et suivis par la communauté c'est-à-dire qui ne sont pas d'une portée exceptionnelle ou contraire à l'esprit connu de la jurisprudence (1). Malik, de son côté, accepte les Hadiths dans deux cas : le premier est celui où les jurisconsultes, compagnons du prophète les ont suivis ou approuvés par leurs paroles; et le deuxième est celui où il n'existe pas de divergence

(1) Ils mettent à l'appui de leur opinion ce hadith du prophète : « Je défends ce que le Koran a défendu » et sur d'autres paroles des Khalifes Omar et Ali.

dans la communauté sur les règles contenues dans ces Hadiths.

Ce n'est pas là que se montre le génie de ces grands Imans. Leur mérite et leur activité juridique s'est déployée dans les cas où les textes sont muets, et nous savons par notre étude précédente du « Koran » et de la « Sunna » combien est grand ce champ laissé à l'activité juridique.

La méthode d'Abu Hanifa se distingue par sa tendance à développer le rôle de la raison et de l'intelligence humaines au détriment de celui de la révélation ; par sa prédilection pour ceux des modes de production juridique par l'intermédiaire desquels s'exerce l'action créatrice de la science : le Kiyas, l'analogie légale et le « Raaï » ou Istihsan », l'opinion, le jugement humain.

Puisque nous savons l'esprit général de la législation du Koran et de la Sunna, leurs principes directeurs, le but et le motif de cette législation, il nous est donc permis de décider librement dans les cas où les textes sont muets, quitte à ne pas se départir ni de l'esprit ni des principes fondamentaux de cette législation. Telle est la méthode créée et suivie par l'école d'Abu Hanifa dans l'élaboration du droit. Il nous est facile maintenant de voir la grande part laissée par une telle méthode à la recherche scientifique dont parle M. Geny (1).

Le trait distinctif du système de Malik, c'est l'esprit local, c'est un caractère accusé des produits particuliers

(1) Geny : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*.

de la vie sociale médinoise (1). Malik attachait à la coutume de Médine une telle autorité que celle-ci l'emporta, en cas de conflit, sur une solution divergente des hadiths. Il en puisait grand nombre de solutions juridiques (2). Il recourait aussi dans l'élaboration de sa jurisprudence à un procédé qui correspond au « Raaï » d'Abu Hanifa, celui appelé « Masalih Mursalah », c'est-à-dire qu'il considérait dans son travail d'élaboration, les intérêts généraux auxquels aucun texte ne se référait ni pour les approuver ni pour les repousser ; il donnait dans tel cas les solutions qui correspondaient le mieux aux intérêts de la communauté.

Le système de Shafei ne se distingue par aucun trait caractéristique qui puisse nous intéresser. Il tient le milieu entre les deux systèmes précédents. Des critiques s'élevaient contre le trop de liberté qu'Abu Hanifa s'était donnée dans sa recherche du droit, Shafei conçut alors sa méthode sur des bases plus modérées cherchant toujours à couvrir ses décisions par l'autorité des textes révélés ou de la Sunna. Son système est en somme une combinaison de deux systèmes de Abu Hanifa et de Malik.

Quant au système d'Ahmad ibn Hanbal il ne peut être considéré comme système juridique qu'avec tolérance. Ibn Hanbal était plutôt un théologien qu'un juriste ; il s'attacha fermement à la tradition et combattit avec

(1) L'école de Malik s'est développée dans le milieu social où le prophète avait lui-même vécu : à Médine.

(2) Ibn Khaldoun : *Prolégomènes*, t. III, p. 6, traduction de Slane.

toute son énergie toute innovation dans le domaine du droit ou de la religion ; il voulait ramener l'islam à la pureté et à la simplicité de ses principes primitifs.

Ces grands Imans, ne se sont pas contentés chacun de poser un système juridique particulier, mais faisant application de ces règles de méthode, ils se sont assignés la tâche grandiose d'élaborer un corps complet de jurisprudence lequel constitue jusqu'à nos jours, la jurisprudence musulmane. Dans la confection de ces corps, ils ont procédé — et là est le trait caractéristique de cette jurisprudence — par des cas isolés. Ils se sont ingénies à imaginer les plus grands nombres des cas possibles et à leur donner les solutions juridiques convenables. On trouve dans les livres de jurisprudence (1) des milliers et des milliers de cas, des conflits imaginaires avec leur solution (2) ; C'est un « Case law ».

(1) Les premiers ouvrages contenant la jurisprudence hanéfite sont ceux de Mohamed ibn Al Hassan Al Châbani, élève d'Abu Hanifa, qui sont au nombre de cinq : Aldajmi Al Saghir, Aldjami Al Kabir, Al Mabçout, Al Saïr Al Saghir et enfin Al Saïr Al Kabir. Le premier ouvrage de rite Malekite est Al Mouata de Malik lui-même. Le premier ouvrage de rite Shafeite est celui intitulé « *Al Om* » par Shafei lui-même.

(2) Pour démontrer clairement ce caractère de la jurisprudence musulmane, nous reproduisons comme exemples les deux passages suivants tirés le premier du livre de Shafei, dans lequel il a reproduit les solutions données par Ibn Abi Laila dans son ouvrage intitulé : *Les divergences entre Abu Hanifa et Ibn Abi Laila* ; le deuxième tiré du livre de Shafei, intitulé *Al Om*.

a) Ach-Shufa, droit de préemption.

Dans le cas où un homme achète un terrain et y construit un

Abu Hanifa respectait les décisions judiciaires et les consultations juridiques des compagnons du prophète en adoptant les décisions de l'un ou de l'autre d'entre eux, n'exerçant son pouvoir d'investigation et de recher-

immeuble, si le « Shafi » veut exercer son droit de retrait, la solution serait la suivante : Abu Hanifa dit que le Shafi prendra le terrain et l'acheteur propriétaire du bâtiment prendra les matériaux après la démolition de l'immeuble. Abu Yousuf est de même opinion : Ibn Abi Laïla donne le terrain et l'immeuble au « Shafi » qui doit payer le prix d'achat du terrain et la valeur de l'immeuble, sinon il n'aura pas le droit de préemption « Shufa ». Shafei dit : Dans le cas où un homme achète une part commune du terrain, procède au partage avec ses copropriétaires, et construit ensuite un immeuble sur sa part, si le « Shafi » se présente ensuite et demande le terrain en « Shufa », on lui demandera de payer le prix d'achat du terrain et la valeur de l'immeuble, et s'il ne paie pas, il n'aura aucun droit.

b) La répudiation, Shafeï a dit :

S'il lui dit « tu es répudiée une fois précédée par une fois (anti Talik wahidah Kablahah Wahidah) ou une répudiation suivie d'une répudiation, cela serait considéré comme deux répudiations..... si un homme dit à sa femme « ton corps, ta tête, tes pieds, tes mains — ou tout autre de ses membres, qu'il nomme — est répudié, la femme sera répudiée; s'il lui dit une partie de toi est répudiée....., elle sera aussi répudiée parce que la répudiation est une et ne subit aucune division ».... — Suivent plusieurs hypothèses de ce genre et leurs solutions.

Voilà un exemple intéressant de la productivité de l'imagination de ces Jurisconsultes, ils s'ingéniaient à trouver la solution des hypothèses qui ne sont nullement susceptibles de se présenter dans la pratique.

« Von Kermer s'appropriant l'excellente formule d'un écrivain musulman a pu dire que l'apport de la révélation écrite ou orale du Koran ou de la Sunna y entre à peine pour la centième partie ». (Cité par M. Lambert; *La fonction du droit civil comparé*, p. 372).

che que s'il ne trouve aucune décision des compagnons sur la question. Malik de son côté, se tenait aux décisions judiciaires et aux consultations juridiques des Juges et savants de Médine.

Ces corps de jurisprudence constituent jusqu'à nos jours un témoignage vivant du grand mérite et du génie de ces grands Imans.

Chacun de ces grands Imans avait des élèves (1), éminents jurisconsultes ou Kadi qui ont défendu et propagé les rites de leurs maîtres après leur mort, et qui ont continué dans une certaine mesure leurs travaux.

Les musulmans se sont attachés fermement à l'une ou à l'autre de ces quatre écoles (2) en adoptant leur jurisprudence, de sorte qu'ils condamnèrent à l'avance toute tentative nouvelle de fonder un rite, un système nouveau de Jurisprudence. Ainsi commença avec le quatrième siècle, l'ère de la décadence de la science juridique musulmane. La liberté de l'idjtihad fut limitée. On ne peut

(1) Des élèves d'Abu Hanifa, nous citons les noms de Abu Yousuf, grand Kadi de Bagdad; de Shaibani et de Ibn Abi Laïla.

(2) Le rite d'Abu Hanifa constitue aujourd'hui le rite officiel en pratique en Egypte. Les hanéfites constituent en outre, la majorité parmi les populations musulmanes des Indes Anglaises, du Turkestan et de la Chine. Le rite de Malik compte aujourd'hui de nombreux adhérents en Egypte; il domine dans le Maroc, l'Algérie, la Tunisie et le Soudan. Le rite de Shafei compte un grand nombre d'adhérents dans le Hidjaz et dans l'Egypte, il conserve sa pleine vitalité dans le sud de l'Arabie et sur la côte orientale de l'Afrique. Les adeptes d'Ibn Hanbal sont dispersés aujourd'hui dans l'Arabie centrale et orientale dans le Maroc, et dans certaines parties de l'Afghanistan, ils ne sont nulle part en majorité.

plus manier librement les sources de droit, afin de fonder un nouveau système juridique. La porte de « l'Idjtihad absolue » de l'idjtihad « fi-sh-Shar » fut définitivement fermée avec la fin du troisième siècle de l'hégire (1). Les disciples immédiats des grands Imans (2) ont cependant conservé une grande liberté d'action ; ils se sont vus accorder par la reconnaissance de la communauté, le degré de Mudjtahidin fi-l-Mazhab. Ils ont eu le pouvoir d'enrichir la jurisprudence et même de donner des décisions contraires à celles des maîtres, mais uniquement en employant les méthodes créées par ceux-ci. Après les disciples immédiats, ce pouvoir ne fut reconnu à aucun jurisconsulte. Ceux qui venaient après les disciples immédiats des grands Imans n'étaient que des « Mudjtahidin fi-l Masail », n'avaient qu'une liberté fort restreinte ; ils n'avaient d'indépendance que, soit sur les points non prévus par le maître ou ses disciples immédiats, soit pour peser les opinions contradictoires de leurs devanciers et faire un choix entre elles. Ces dernières lueurs de l'idjtihad sont à leur tour éteintes vers la fin du sixième siècle de l'hégire. On ne reconnaît plus depuis cette époque lointaine la qualité de « Mudjtahid » à aucun légiste (3). Ils sont désormais de simples

(1) Ibn Khaldoun, T. III p. 9 trad. de Slane.

(2) Tels que Abu Yousuf et Mohamed Ibn Al Hassan Al Shaibani, disciples d'Abu Hanifa.

(3) Plusieurs raisons sont données pour expliquer cet attachement des musulmans à ces quatre rites dont est résulté la fermeture de la porte de l'idjtihad. L'habileté et l'autorité des élèves des Imans, la conservation de leur jurisprudence dans des ouvrages bien compilés,

« Mukallidin » commentataires, n'ayant aucun pouvoir de manier les sources du droit : « le Koran et la Sunna », pour en extraire les décisions juridiques ; leur rôle consiste désormais à suivre aveuglément les décisions de leur rite.

Ainsi fut immobilisée définitivement, la jurisprudence musulmane sans qu'aucune règle d'ordre juridique ou religieux l'exige et même contre les dispositions de la tradition (1), simplement parce que les légistes se sont reconnus impuissants à manier les textes du Koran et de la Sunna.

A un tel degré d'impuissance sont donc arrivés ces « Foukaha » de l'islam qui ont contribué à l'élabo-

les inconvénients qui résultent de l'état instable de la loi, sont autant de raisons plausibles et judicieuses ; mais la raison qui me semble la plus décisive est celle soutenue par M. Lambert dans ces termes. « Cette décadence, écrit-il, de la science juridique islamique, qui a abouti à l'abdication de la plus haute de ses fonctions, à la renonciation à l'exercice de l'idjtihad, de l'effort créateur, a été la conséquence du maintien indéfini du lien entre la religion et le droit. Le respect superstitieux qui s'attachait naturellement aux décisions théologiques des savants ayant vécu dans les temps les plus rapprochés de l'époque de la révélation et, dès lors, les plus habiles à témoigner du contenu des communications divines, s'est étendu à leurs décisions juridiques. On s'est habitué à considérer les fondateurs de rites comme ayant seuls reçu pleinement le don d'éclairer et de développer par l'interprétation les vérités révélées. De plus en plus, dans chaque Madhâb, les juristes des générations suivantes se sont inclinés aveuglément devant les opinions émises par les Foukaha, les plus renommés des générations précédentes p. 373.

(1) Nous avons rapporté plus haut le « Hadith » concernant l'autorisation et l'autorité de l'idjtihad.

ration du droit pendant trois siècles au moins, par leur décision judiciaire et leur Fetwas doctrinaux (1).

Les décisions judiciaires des quatre premiers Khalifes et des autres compagnons jouissent d'une grande considération parmi les musulmans. Ayant connu le prophète et vécu pendant le premier temps de l'islam, ils sont présumés avoir mieux compris le texte du Koran et les véritables intentions du législateur. Aussi leurs décisions nous sont-elles transmises par l'intermédiaire des grands Mudjtahidin chefs d'écoles. Chacun d'eux s'est attaché aux décisions de l'un ou de l'autre de ces premiers juristes de l'islam. Abu Hanifa suivait, nous l'avons dit, les décisions des savants de l'Irak, et Malik s'attachait aux décisions des autorités de Médine.

Le respect du « précédent » (2) n'est pas étranger au

(1) Pendant les trois premiers siècles, comme nous l'avons déjà dit, les décisions judiciaires ou les consultations juridiques d'un mudjtahid faisaient loi, c'est-à-dire constituaient une partie du droit musulman, aussi bien que les décisions des autres mujtahids, de sorte qu'il pouvait y avoir plusieurs règles divergentes sur un même point, toutes considérées comme valables et légales. Le droit était, si je puis dire, flottant. Cet état de chose subsiste jusqu'à maintenant malgré l'immobilisation du droit et sa concentration accomplie par les quatre chefs de rite. Plusieurs rites ont à la vérité disparu mais il reste néanmoins quatre écoles distinctes ayant chacune une jurisprudence distincte. Les quatre corps de jurisprudence constituent le droit musulman et ils ne sont cependant pas les mêmes. Le chef d'état dans chaque pays peut ordonner l'application dans l'administration de la justice de l'un ou l'autre de ces systèmes ou même d'une partie d'un système et d'une autre partie d'un autre système. C'est le cas actuel de tous les pays musulmans. Chaque pays suit une école particulière.

(2) La citation du « précédent » a été toujours d'usage courant

système de l'islam. Dès les premières années de l'hégire nous voyons le Khalife Omar avant de juger le conflit qui se présente à son tribunal, demander « Si Abu Bakr (son prédécesseur) n'avait pas déjà rendu une décision dans ce cas ». S'il en trouvait une, il l'appliquait. Il pouvait, certes, s'en départir et il s'en est départi assez souvent, mais il fallait des raisons sérieuses pour qu'il agisse ainsi. Les deux autres Khalifes justes Osman et Ali agissaient de même en ce qui concerne les décisions de leurs prédécesseurs (1).

Les musulmans de chaque siècle regardaient ceux des siècles précédents comme leurs guides dans la vie juridique et religieuse. Ils considéraient ces prédécesseurs comme beaucoup plus capables qu'eux à comprendre le dans l'islam. Le respect du précédent fut parfois très grand, les juges ou les juristes suivaient assez souvent les décisions de leurs prédécesseurs pour lesquels ils pouvaient avoir une estime particulière. Il ne faut pas se tromper cependant sur le caractère du « précédent » en droit islamique ; il n'avait jamais acquis la force obligatoire qui caractérise aujourd'hui le précédent anglais. Chaque Mudjtahid était libre dans sa recherche ; la décision d'un mujtahid ne pouvait nullement s'imposer à un autre.

M. Fagnan dans son analyse du livre de l'impôt foncier d'Abou Yousof Ya Koub dont il a fait une traduction française, trouve dans la compilation même de ce livre l'affirmation de ce caractère. Il écrit « Etant établi que l'autorité des précédents, déjà si grande dans notre jurisprudence et nos pratiques administratives, joue un rôle bien autrement important dans l'islam, faut-il s'étonner des nombreuses citations des hadiths et de faits historiques émanant des compagnons et des premiers successeurs du prophète ou les concernant, et que rendait faciles à Abou Yousof la vaste érudition qu'on lui reconnaissait dans ce domaine ? (Le livre de l'impôt foncier traduit par M. Fagnan, avertissement p. XIII).

(1) Ibn Kaïm Al Djozi : Eïlam Al Mouakkin.

livre sacré et à en extraire les décisions juridiques, étant plus près d'eux du temps du prophète. Au fur et à mesure qu'on s'éloignait de l'aurore de l'islamisme, cette vénération dont on entourait les légistes et les théologiens des premiers temps s'augmentait et prenait un caractère impérieux. Cet état de chose a même subsisté après la fermeture de la porte de l'idjtihad. C'est même cette vénération superstitieuse qui a provoqué, à mon sens, la fermeture de cette porte (de l'idjtihad). Les légistes des siècles postérieurs aux 3 premiers siècles, regardaient les chefs fondateurs de rites avec une telle vénération, avec une telle considération pour leur science, leur génie et leur piété qu'ils se sont jugés fort inférieurs à eux, et incapables de les égaler. Incapables de faire mieux ou même de faire une œuvre de même valeur, ils se sont donc attachés fermement aux principes jurisprudentiels fournis par ces Maîtres d'écoles et condamnèrent par conséquent à l'impuissance tous les jurisconsultes des siècles à venir.

La fermeture de la porte de l'idjtihad marque un grand changement dans le rôle des juges et des jurisconsultes de l'islam dans l'élaboration du droit et dans l'administration de la justice. Ils n'ont plus depuis cette époque qu'à chercher la solution des cas qui se présentent, dans les livres de la Jurisprudence de leur rite et à l'appliquer telle qu'elle est. Le Sultan ou chef d'Etat a le droit d'ordonner l'application des règles de tel rite à l'exclusion de tout autre, ou encore dans le même rite, des opinions de tel Fakih à l'exclusion des opinions des autres ; le juge n'aura dans l'administration de la justice

qu'à appliquer les règles prescrites. Les Imans « Mudjtahidin » ont fourni des solutions à tous les cas imaginables, ils ont réglé minutieusement tous les points de droit dans toutes les matières juridiques, de sorte que le rôle des juges des siècles postérieurs, dans l'administration de la justice, est devenu de beaucoup plus inférieur à celui de ses prédécesseurs.

Ils n'ont plus qu'à chercher dans les recueils de jurisprudence de leur rite la solution désirée, de la commenter et de l'appliquer au cas concret qui se présente à leur tribunal.

Haidar Mardam Bey (1), semble soutenir, sur ce point une opinion divergente. Or, il faut bien le dire, les 2 ou 3 pages qu'il consacre à la question de l'idjtihad, manquent de clarté et de précision ; ses explications incomplètes sont de nature à induire en erreur, le lecteur, sur la nature et le fonctionnement de l'effort législatif dans l'Islam.

Nous avons suffisamment étudié la question dans cette section et dans les sections suivantes ; le lecteur, quand il aura parcouru notre chapitre troisième sera complètement édifié, nous l'espérons, sur cette question. Nous ne pouvons pas cependant laisser sans réponse l'opinion émise par le docteur Haidar Bey.

« Il convient d'ailleurs, écrit-il, de ne pas exagérer la portée de cet événement (2), ni de l'interpréter comme

(1) *L'organisation judiciaire et le principe de l'égalité entre les justiciables*, p. 240, 241 et 261.

(2) La fermeture de l'effort légal.

ayant cristallisé désormais et rendu immuable le droit positif. Ce qu'interdit cette mesure, ce n'est pas toute réforme législative mais toute méthode nouvelle d'interprétation...

« La porte reste fermée à la création d'une cinquième méthode ; mais les jurisconsultes demeurent libres d'employer l'une des quatre méthodes classiques ». Parlant en particulier de l'exercice de l'effort légal par les juges, il écrit (1) :

« La fermeture de l'effort ne s'applique pas non plus à l'effort judiciaire. La méthode d'analogie, l'islamisation, sont nécessaires, lorsque un problème nouveau se pose devant la justice... Le juge commettrait une impiété, s'il déclarait insuffisantes les quatre méthodes ; mais il est libre de rechercher dans les sources les preuves de son opinion et d'opérer sur elle l'élaboration scientifique qu'elles doivent subir, pour s'adapter exactement aux espèces à condition de suivre dans ces travaux les règles de l'une des quatre méthodes orthodoxes. »

Telle est l'opinion émise par Haidar Mardam Bey. Pour y répondre, nous nous expliquerons d'abord sur la question de l'idjtihad en général, et ensuite sur celle de l'idjtihad exercé par les juges en particulier.

Tout d'abord « la fermeture de la porte de l'idjtihad » n'est pas le résultat d'aucune règle d'ordre juridique ou religieux elle n'est que la conséquence naturelle de la décadence de la science juridique.

Si Haidar Bey, en affirmant que les jurisconsultes sont

(1) P. 241.

« libres d'employer l'une des quatre méthodes », veut dire qu'aucune règle juridique ou religieuse ne s'y oppose, son opinion serait en cela exacte.

Mais s'il veut soutenir que la fermeture de l'effort légal comme *mesure* (1), comme *événement* (2) historique ne défend que la création d'une nouvelle méthode, et que les jurisconsultes sont restés, malgré cet *événement* libres de rechercher des solutions nouvelles, en employant les méthodes orthodoxes, son opinion serait complètement erronée et contraire à la vérité historique. Cette vérité nous l'avons montré plus haut (3), nous la rappelons ici brièvement, en évitant toute répétition inutile.

L'effort législatif comporte plusieurs degrés. Le premier est celui de l'idjtihad absolu qui permet la création de nouvelles méthodes. Les degrés inférieurs permettent une liberté plus ou moins grande dans le maniement des sources de la loi, à condition toutefois que le Mudjtahid suive dans l'exercice de cet effort l'une ou l'autre des méthodes déjà établies.

Déjà à la fin du troisième siècle de l'hégire, la porte de l'idjtihad absolu fut fermée, la possibilité de créer une méthode nouvelle fut définitivement condamnée.

Les siècles postérieurs ont vu diminuer progressivement le pouvoir déjà restreint reconnu aux jurisconsultes de manier les sources de la loi de sorte que vers

(1) et (2) Voir sa thèse, p. 240.

(3) Voir *supr.*, p. 315 et suivantes.

le septième siècle de l'hégire (1) les dernières lueurs de l'idjtihad furent éteintes, la porte qui était encore entre-baillée fut enfin hermétiquement fermée.

Aujourd'hui et depuis ce temps lointain, les jurisconsultes ne se reconnaissent plus aucun pouvoir de chercher dans les sources de la loi une solution nouvelle. Le droit islamique pour ces jurisconsultes n'est que les solutions données par les jurisconsultes autorisés des premiers temps. Ils consacrent toute leur activité à étudier ou à commenter ces solutions. Ils ne pensent jamais à interpréter les textes mêmes du Koran ou de la Sunna. Les *Mudjtahidin* seuls pouvaient le faire, et aucun jurisconsulte ne peut plus prétendre posséder cette qualité.

Quant aux juges, il me semble que Haidar Bey voudrait leur reconnaître un pouvoir autre que celui appartenant aux jurisconsultes en général. Or, nous avons suffisamment montré que le pouvoir de manier les sources du droit n'appartenait qu'aux seuls *Mudjtahidin*, qu'ils soient jurisconsultes ou juges. Et comme cette qualité n'est plus reconnue depuis la fermeture définitive et complète de l'effort légal à aucun jurisconsulte ou juge, ce dernier n'a pas plus que le jurisconsulte le pouvoir d'aller chercher la décision désirée dans les sources de droit « le Koran » ou « la Sunna ».

Le juge n'a d'autre pouvoir que de commenter et d'appliquer les règles posées par les premiers Imans de l'Islam. Il n'a pas le pouvoir de choisir dans les divers

(1) La date n'est pas précise.

rites la décision qui lui paraît plus équitable ou plus en harmonie avec les conditions sociales de la Société. Il doit suivre la jurisprudence d'un seul rite; il ne peut même pas exercer un choix entre les opinions divergentes dans le même rite, puisque le chef d'état lui enjoint d'appliquer les décisions des jurisconsultes les plus autorisés dans le rite (1).

Nous ne pouvons d'ailleurs qu'approuver cette *mesure* en ce qui concerne les juges. Il est de première importance, pour assurer une bonne administration de la justice, que les règles juridiques applicables soient connues d'avance et que les justiciables soient assurés contre l'arbitraire du juge et l'incertitude de la loi. Laisser le champ libre aux juges d'interpréter les sources de la loi à leur guise et d'en extraire les solutions juridiques nouvelles, constituerait une atteinte aux intérêts des justiciables dans la société moderne.

Il y a déjà plusieurs siècles que les juges de l'Islam ont cessé de répondre aux conditions idéales exigées par les jurisconsultes. Déjà au cinquième siècle de l'hégire, les musulmans ont senti le besoin de restreindre la liberté des juges et de leur imposer des règles déterminées à appliquer (2).

Le système juridique anglais, lui-même malgré qu'il reconnaisse aux juges un pouvoir purement créateur n'a pas laissé ce pouvoir sans restriction. Le système du

(1) Voir l'article 280 du décret réglementaire des Mahakim Shari'eh en Egypte.

(2) Voir Khudary Bey : Histoire de la législation islamique, p. 206.

« précédent » limite en effet dans une large mesure le pouvoir créateur du juge anglais.

Les juges anglais de l'époque contemporaine trouvent devant eux une masse énorme de jurisprudence, un droit établi qu'ils doivent appliquer et compléter au besoin.

Mais, dira-t-on, pourquoi ne pas admettre aux juges de l'Islam de compléter, en puisant dans les sources, le droit existant ? Une telle proposition ne peut pas être acceptée. Le système juridique de l'Islam ne connaît pas la théorie du précédent obligatoire qui assure à la common law anglaise une certaine stabilité et une unité presque complète. D'autre part la nature particulière des sources du droit islamique rendrait une telle tâche extrêmement difficile. Les juges dans l'exercice de leurs fonctions ne seraient pas dans la possibilité de remplir cette tâche. Les multiples défauts de la loi judiciaire condamnent, en outre, tout recours au juge en matière de législation. L'autorité législative ou une commission spécialement désignée serait donc, à notre avis, seule capable d'extraire des sources de la loi les solutions nouvelles et de compléter cette loi au besoin.

SECTION TROISIEME

« LE FONCTIONNEMENT DE L'IDJTIHAD » (I)

Le livre saint de l'islam ne ressemble en rien à un code de loi ayant un texte législatif suivi; son contenu, comme

(I) Ibn Khaldoun: *Prolégomènes*, traduction de Slane, t. III,

nous l'avons montré, est très divers ; ses chapitres n'ont été coordonnés, lors de leur recension par le Khalife Osman, ni d'après le sens (1), ni d'après la date (2) de leur révélation. La forme de la « Sunna » n'est pas plus juridique. La nature (3) même, de ces deux sources de la jurisprudence islamique nous démontre combien large est le champ laissé à l'action créatrice de la science juridique.

Les légistes de la première génération, connaissant parfaitement la langue du Koran, maniaient librement le texte pour en interpréter le sens tout d'abord, et ensuite pour en extraire des solutions juridiques nouvelles, sans jamais se préoccuper de déterminer les règles particulières, qu'ils suivaient dans cette recherche. Plus tard avec le progrès de la civilisation arabe et pendant l'époque de la floraison de la science, fut conçue cette science juridique nouvelle : la science de méthode, de racines de la jurisprudence, Ouçoul Al Fikh. Chacun des quatre chefs d'école a créé une méthode particulière. Les procédés à l'aide desquels ces légistes purent découvrir

Khudary Bey : *Ouçoul el Fikh* ; Ostrorog : *Le droit public musulman*, Introduction.

(1) Chaque chapitre ou « soura » est complètement distinct de l'autre.

(2) Plusieurs « souras » révélées à Médine ont été placées avant celles révélées à la Mecque, la première soura révélée au prophète est classée 96 dans le recueil.

(3) Nous avons suffisamment étudié ces deux sources, V. *supr.* p. 280 et suivantes.

le sens des textes et en extraire des solutions nouvelles furent désormais connus. Les méthodes posées par les docteurs musulmans pour être employées à l'interprétation de texte et à la recherche du droit, n'ont pas eu grand intérêt pratique ; leurs successeurs se sont reconnus comme nous l'avons déjà expliqué incapables de s'en servir. J'aurais renoncé volontiers à l'étude de cette branche de la science juridique — la tâche en étant extrêmement difficile — si cette étude ne m'était pas particulièrement imposée pour compléter l'ensemble du travail. Ayant beaucoup parlé dans une étude précédente de l'idjtihad, nous devions, pour ne pas être incomplet, expliquer comment les grands docteurs musulmans exerçaient — du temps où cela était encore possible — cet idjtihad, cet effort législatif. Nous parlerons donc ici de cet effort législatif ; nous ne prétendons pas donner un exposé complet de la méthode juridique, il n'entre pas dans ce programme de le faire, nous essayerons simplement de démontrer avec la clarté que permet l'étude d'une telle question, le degré de l'effort produit par les docteurs musulmans dans l'investigation et l'analyse qu'ils ont fait subir aux textes révélés de la loi.

Les docteurs en méthode se sont livrés sur ce texte à un admirable travail qui démontre une haute capacité et une grande habileté. Ils ont éliminé tout d'abord les versets de l'Ecriture et les apophtegmes de la tradition contenant des récits d'histoire sainte, ou qui ont trait soit aux félicités promises aux fidèles, soit aux tourments dont sont menacés les réprouvés, pour ne s'occuper que des textes qui contiennent une « qualification » des actes ou des

choses (1). Ensuite s'occupant de ces énonciations contenant les qualifications, ils les ont classées au point de vue de leur degré d'autorité législative en plusieurs catégories suivant qu'elles sont d'une solidité certaine (l'origine divine) ou non, et suivant qu'elles sont de l'un ou l'autre des huit degrés d'évidence (2). Arrivant ensuite à l'interprétation proprement dite, ils ont posé des règles linguistiques minutieuses et fort multiples qui nous font penser aux statuts anglais qui donnent la signification des termes juridiques employés souvent dans les divers statuts.

Ainsi par exemple, nous trouvons cette règle « Le général ne saurait être particularisé par occasion ». Nous savons en effet de notre étude précédente du « Koran et de la Sunna », que la plupart de leurs dispositions juridiques ont été provoquées par des incidents ou des questions particulières ; cette règle d'interprétation défend donc de limiter la portée des dispositions aux seuls faits qui les ont provoqués. Une autre règle encore porte que le sens propre (des mots) forme la règle, et le sens figuré l'exception. Aussi faut-il pour qu'on donne au mot em-

(1) Les qualifications des actes ou des choses sont, d'après l'ouçoulioun » au nombre de cinq : l'acte ou la chose peut être Wagib c'est-à-dire ordonné d'une façon catégorique, Mandoub, c'est-à-dire recommandable, Haram, c'est-à-dire défendu catégoriquement, Makrouh, c'est-à-dire blâmable, à éviter, et enfin Mubah, c'est-à-dire qu'on peut faire ou non à sa guise.

(2) Nous ne croyons pas nécessaire de nous expliquer davantage sur cette question, elle n'est d'aucun intérêt pour cette étude, nous la signalons simplement au passage.

ployé son sens figuré, qu'il y ait une preuve que ce dernier est le sens voulu. Une troisième règle porte ceci « une déduction tirée de l'étymologie n'est pas valide ». Une quatrième est ainsi conçue « dans un mot ayant deux acceptions différentes, les deux significations ne peuvent pas être admises à la fois ». Une cinquième porte ceci « la conjonction « et » n'indique pas l'ordre » (1)... Plus encore, nous trouvons des règles concernant des questions telles que celles-ci : Les principes conçus dans la forme des paroles adressées au prophète concernent-ils le prophète seul ou toute la communauté ? Ceux conçus dans des paroles adressées à un musulman sont-ils particuliers à ce seul musulman ou ont-ils une portée générale ? Il est aussi décidé que les dispositions conçues en termes généraux s'adressent aussi bien aux esclaves qu'aux hommes libres (2).

Ces principes établis par les docteurs, comme règles à observer dans l'interprétation des énonciations juridiques sont nombreuses. Nous avons cité les exemples précédents, simplement pour donner une idée de la façon très minutieuse dont ces règles sont posées. Combien de fois des discussions se sont-elles engagées à propos d'une conjonction, d'un article simple, d'une certaine combinaison de mots ou certaines circonstances qui pouvaient donner un sens ou un autre aux termes

(1) C'est-à-dire l'ordre du temps dans lequel se succèdent les choses désignées par les mots que cette conjonction unit ensemble : Ibn Khaldoun : *Prologomènes*, traduction de Slane, t. III, p. 29.

(2) Khudary Bey : *Ouçoul el Fikh*, p. 202.

en cause : la langue arabe par sa nature constitue un terrain propice à de telles discussions.

L'activité législative proprement dite de ces docteurs n'est cependant pas celle exercée dans le domaine de l'interprétation, mais tout au contraire dans le domaine de la recherche du droit nouveau là où le texte est muet.

Les énonciations qualificatives de l'Ecriture ou de la Sunna, sont évidemment limitées en nombre, ainsi commencent-ils leur raisonnement. Or les actions humaines et les choses de ce monde (que ces énonciations qualifient) ne se conçoivent nullement comme limitées en nombre, et dès lors il doit nécessairement arriver que la raison humaine se trouve fréquemment en présence d'actions et de choses que ne qualifie aucune énonciation. Que fera-t-elle en cette occurrence ? Tel est le problème qui se présentait aux « Ouçoulioun » musulmans docteurs en méthode ; et ils l'ont résolu de la façon suivante : (1)

La qualification que formule une énonciation de l'Ecriture ou de la tradition vise une action ou une chose concrète. Considérée dans son objet une telle qualification est donc immanente à cet objet concret, partant spéciale, et nullement susceptible de généralisation. Mais il en serait tout autrement si la qualification pouvait être considérée dans son motif. Ce motif pourrait être conçu

(1) On a soutenu qu'on devrait, dans tous les cas où il n'y a pas un texte qui s'applique à l'action ou à la chose qui se présente, s'abstenir de toute initiative ; cette opinion qui condamne la raison humaine n'a pas heureusement prévalu.

comme étant de nature à envelopper non seulement le cas spécial visé par l'énonciation, mais par l'effet de son caractère général, des cas à l'infini (1). La qualification énoncée pourrait donc dépasser le cas concret — qu'elle vise spécialement — pour atteindre un grand nombre d'autres cas comportant le même motif (2).

La voie étant ainsi ouverte à l'exercice de la raison humaine, les docteurs musulmans se sont ensuite livrés à un travail profond d'analyse et d'investigation, sur le texte de l'Écriture et de la tradition, pour rechercher le motif, la raison d'être, le but de la législation islamique dans son ensemble d'abord, et ensuite le motif de chaque énonciation ou groupe d'énonciations prises séparément. Ils sont arrivés à l'aide d'un examen et d'une analyse très attentifs des textes à constater que le but, la cause, l'objet de la législation est de sauvegarder les intérêts de la communauté ; la législation est révélée pour le bien-être du genre humain et que ces intérêts que la législation est venue assurer se conçoivent sous les formes et dans l'ordre suivant :

Tout d'abord *les nécessaires*, c'est-à-dire les choses dont le défaut causerait un bouleversement dans la vie particulière et sociale de l'homme ; ensuite *les comforts*, c'est-à-dire les choses dont le défaut rendrait difficile et

(1) Ostrogor : *Traité de droit public musulman* : Introduction.

(2) Les ouçoulioun posent à ce propos le principe suivant : « toutes les qualifications énoncées dans les textes doivent être considérées comme susceptibles d'être motivées jusqu'à preuve du contraire, et que la raison humaine est capable de retrouver ces motifs alors même qu'ils ne se trouveraient point explicitement formulés.

fatigant la vie de l'homme ; et enfin les *agréments* Kamaliyat, c'est-à-dire les choses qui ont pour but d'assurer à l'homme une vie aisée et heureuse (1).

Desserrant un peu plus le champ de leur analyse et de leurs recherches, les ouçoulioun se sont livrés à un examen spécial cette fois, sur chaque énonciation ou groupe d'énonciations pour découvrir le motif de chaque qualification et étendre la solution aux cas analogues, c'est le procédé connu sous le nom de *Kiyas* ou analogie légale. Ils sont arrivés par le jeu d'arguments logiques et juridiques à déduire des solutions isolées les principes juridiques fondamentaux, les règles directrices de la loi.

Si une chose disent-ils est qualifiée d'une certaine façon c'est parce qu'elle a un certain attribut ; l'existence de cet attribut constitue, aux yeux du Mudjtahid qui se livre à ce genre de recherches, la cause de la qualification particulière que le texte y attache. Or, la chose qualifiée peut avoir plusieurs attributs ; lequel est la cause de la qualification ? Là est le travail du Mudjtahid ; (2) il

(1) Khudary Bey : *Ouçoul el Fikh*, p. 361. Les ouçoulioun considèrent comme rentrant dans la première catégorie (nécessaire) la sauvegarde de l'existence même de la religion, de l'homme, de sa progéniture, de la fortune et enfin de la raison, le premier but de la législation est donc d'assurer l'existence de ces cinq sortes d'intérêts.

(2) Les docteurs en méthode posent des règles particulières pour servir de bases au Mudjtahid dans sa recherche de la cause de qualification. Ainsi, ils disent qu'il faut que la cause soit pertinente, c'est-à-dire qu'il y ait une corrélation entre l'attribut et la qualification, et efficiente, c'est-à-dire qu'il y ait une preuve que cette cause ait été considérée dans d'autres textes d'une façon plus ou moins certaine comme cause à une qualification quelconque. Dans le cas

doit rechercher l'attribut pertinent et efficient qu'il croit être la cause de la qualification, et, une fois trouvé, il étendra la solution déjà formulée dans le texte à tous les cas où se trouve cet attribut.

Un « hadith » du prophète porte ceci « La chatte n'est pas impure : elle est de ces servantes qui tournent toujours autour de vous ». La chatte est déclarée pure à cause de cet attribut particulier : « son contact est difficile à éviter, cet attribut constitue le motif de la qualification « pure ». Généralisant le motif on peut dire : la nécessité de subir le contact d'une chose impure a pour effet de maintenir l'état de pureté que le contact de cette chose aurait eu pour effet de détruire en droit strict. Raisonnant toujours de la sorte les Ouçoulioun arrivent enfin à formuler ce principe directeur de la loi qui doit dominer dans la recherche du droit nouveau : « La nécessité donne la qualité de permises à des choses défendues en principe ». Tel est le procédé classique reconnu comme légal par la communauté musulmane. Les Hanéfites reconnaissent un autre procédé auquel l'iman Abu 'Hanifa recourait souvent et dans l'emploi duquel il

reproduit dans le texte par exemple, la chatte est déclarée pure parce que le contact en est difficile à éviter. La corrélation entre l'attribut (contact difficile à éviter) et la qualification (pure) est claire, mais cet attribut est-il efficient ? Oui, parce que la causalité entre la pureté d'une chose impure, en principe, et la difficulté d'en éviter le contact a été considéré par l'Ecriture dans une autre circonstance. Un verset du Koran, concernant l'homme qui mangerait dans certains cas la chair des bêtes mortes (défendu en principe), porte ceci : « Mais celui qui est poussé par la faim ne tombe pas dans un péché. »

était reconnu d'une habileté extrême, c'est le procédé appelé *Istihsan* ou *Raaï*, opinion. Au lieu de suivre le résultat du *Kiyas* il donnait à la question une autre solution que celle à laquelle aurait conduit l'application pure et simple de l'analogie, parce que, disait-il, la chose en question contenait un autre attribut caché qui réclame qu'on lui donne cette autre solution ; moyen ingénieux de se libérer des résultats du *Kiyas* strict pour ne suivre que l'esprit général de la loi, le motif de l'ensemble de la jurisprudence musulmane tel que nous l'avons expliqué.

L'imam Malik (chef du rite Malekite) d'un autre côté avait recours dans la recherche de droit — dans le cas où le texte est muet — à un autre procédé qu'il appelle « *Maṣālih Murṣalah* » (1). Voici comment il s'en servit : Tant que les textes ne se prononçaient pas sur une question quelconque, il donnait la solution que réclamait l'intérêt général. Nous voyons bien le lien intime qui rattache le *Raaï* de Abu Hanifa au « *Masalih Murṣalah* » de Malik.

(1) Malik suivait dans cette voie l'exemple de ses devanciers, les compagnons du prophète. Dans un assez grand nombre de cas, ils se sont préoccupés dans leurs décisions de cet intérêt général. Ils sont même amenés quelquefois à décider contre le texte, guidés en cela par l'importance de l'intérêt qu'il fallait considérer, ainsi Omar Ibn Al Khattab s'abstint d'appliquer la peine légale à la personne qui avait volé pendant l'époque de la famine (Khudary Bey : *Ouṣoul al Fikh*, p. 379).

SECTION QUATRIEME

L'ÉVOLUTION DU DROIT MUSULMAN (I)

L'ouverture de la porte de l'idjlihad

Une réforme dans la législation islamique, est-elle souhaitable ; est-elle possible ?

Cette question, qui a été pendant plus de 30 ans le terrain d'une discussion très agitée entre les savants européens orientalistes et quelques auteurs orientaux a pris ces derniers temps une importance autrement grande. Aussi nous abordons cette étude, certains que nous traitons une question d'actualité d'une grande importance pour les pays musulmans et pour le droit islamique.

On peut être tenté de dire que la question n'a plus d'intérêt pratique puisque la Turquie a abandonné la loi islamique après la transformation radicale qui s'y est effectuée ces derniers temps, et que l'Egypte, d'un autre côté n'a laissé au droit islamique qu'un champ d'application assez limité, étant donné que les affaires civiles,

(1) Voir Sawas Pacha : *La théorie du droit musulman. Revue de l'histoire des religions*, 1898 ; *Revue du monde musulman*, juin 1911 ; *Revue de Paris*, janvier 1916 ; Al Muhamah : *Revue du barreau*, numéros de janvier et avril 1927 ; *revue de Kada Chari*, numéros 9 et 10, quatrième année (1928) ; *revue de la faculté de droit du Caire*, numéros de juin 1927, de janvier 1928 et les numéros 5 et 6 de la deuxième année 1928 ; Abd El Wahhab Khallaf : *Al Siassa Charieh*, cours de 1924 ; Khudary Bey : *Histoire de la législation islamique ; l'Egypte contemporaine ; Journal Al Ahram* ; Cadoz : *Initiation à la science du droit musulman* ; Omar Bey Loutfy : *De l'action pénale en droit musulman, avant-propos*.

commerciales et pénales sont régies par des codes élaborés à l'instar des codes français, étrangers par conséquent aux principes de droit islamique. Malgré la réalité de telles affirmations, la question reste néanmoins d'une grande importance ; le domaine laissé à l'application du droit de l'islam en Egypte s'il est diminué dans son étendue, reste cependant d'une importance extrême à cause de la nature même des matières que régit ce droit. Le statut personnel, les successions, les donations entre vifs, le testament et les fondations pieuses sont autant de matières qui ont leur importance, étant donné que la famille est la base de toute société. Pour les autres parties du droit musulman qui n'ont plus aujourd'hui une application pratique, cette étude aura au moins cet intérêt d'apporter quelque lumière sur une question trop controversée.

Les savants qui ont discuté cette question se divisent en deux groupes : le premier ayant à sa tête Sawas Pacha (1) ancien ministre turc, soutient que l'islam est susceptible d'accepter tous les produits de la civilisation européenne, qu'on peut islamiser toutes les institutions européennes, les couvrir de l'autorité religieuse et les rendre ainsi acceptables et mêmes obligatoires aux musulmans ; le deuxième groupe a comme chef le savant orientaliste hollandais Snouck Hungronge. Snouck Hungronge attaque avec acharnement les opinions émises par Sawas Pacha qu'il considère comme incompetent de se prononcer sur une telle matière, n'ayant aucune connais-

(1) Sawas Pacha : *La théorie du droit musulman*, Introduction.

sance de la langue Arabe ; aussi considère-t-il son plan d'islamisation des institutions européennes comme utopique (1). Pour le savant orientaliste l'islam est immuable, la jurisprudence islamique est définitivement fixée, rien ne permettrait plus à la doctrine de l'islam de s'évoluer. « L'islam devrait renier totalement, écrit-il, son passé historique pour entrer dans la voie que lui trace Sawas Pacha. Or, quiconque a été en relation intime avec le bas peuple Mahométan, aussi bien qu'avec les savants jurisconsultes, sait qu'ils n'y songent pas un instant (2). Plus loin encore il écrit « Mais il ne faut pas s'imaginer que la théorie juridique qui s'est maintenue envers et contre toutes les influences contraires surgissant du sein des populations mohamétanes, cède aujourd'hui à des actions venues du dehors ». Dans une conférence sur « le caractère du système de l'islam », publiée dans la revue du monde musulman (3), le même savant orientaliste s'oppose fermement à toute possibilité d'évolution du droit islamique.

Je n'accepte pas l'opinion du D^r Snouck Hurgronge ; je suis convaincu que l'islam est susceptible de s'évoluer, qu'il contient en lui-même l'élément de l'évolution. Mon dessein n'est cependant pas le même que celui de Sawas Pacha. Si l'islam est susceptible de se développer, de s'évoluer, ce n'est pas pour qu'il s'attribue purement et simplement les institutions européennes. Le droit isla-

(1) *Revue de l'histoire des religions*: 1898, article du D^r Snouck Hurgronge, traduit de l'hollandais par Van Gennep.

(2) *Revue de l'histoire des religions*, 1898, p. 192.

(3) Numéro de juin 1911, p. 425 et suiv.

mique peut se développer par ses propres moyens pour répondre aux besoins nouveaux de la société musulmane que l'applique.

Nous proposons ici d'étudier cette question sous deux aspects différents : tout d'abord une réforme législative de droit islamique est-elle souhaitable ? Ensuite une telle réforme est-elle possible ?

Qu'une réforme législative soit souhaitable cela nous paraît aujourd'hui — plus que jamais — évident ; les demandes de réformes se font de plus en plus nombreuses et aussi impérieuses. Les musulmans dans les divers pays ont subi comme tout le peuple de l'univers le droit d'évolution et de progression. Les sept siècles environ qui se sont écoulés depuis le prétendu établissement définitif de la jurisprudence, depuis la fermeture définitive de la porte de l'idjtihad, sont assez longs pour apporter une transformation radicale dans les conditions sociales et économiques des pays de l'islam, transformation provoquée et inspirée par la civilisation européenne dont les bienfaits et les avantages n'ont pas manqué de séduire le peuple musulman. L'auteur de l'article « L'islam après la guerre » publiée dans la revue de Paris (1) traduit cette transformation dans les termes suivants — qui sont tout à fait véridiques — « Les mariages prématurés, écrit-il, naguère si fréquents, se font de plus en plus rares ; la polygamie tend à disparaître ; la femme ne cesse de s'émanciper, elle devient tout au moins dans la classe aisée, l'égale de l'homme auquel elle est

(1) *Revue de Paris*, numéro de janvier 1916, p. 425 et suivantes.

parfois supérieure par l'éducation et l'instruction ; l'omnipotence du père, ou après sa mort, du fils aîné s'affaiblit ; l'idée se répand que l'autorité paternelle ou maritale n'est pas un droit, mais plutôt une fonction : les héritiers ne s'accomodent plus de la communauté familiale, jadis indéfiniment prolongée, et demandent le partage ».

A ces observations très justes de l'auteur nous ajoutons cette autre observation encore plus importante : l'opinion publique s'est éveillée, l'idée d'une réforme législative de la loi est née dans la communauté musulmane. On ne peut pas concevoir que des règles posées il y a près de mille ans, par les docteurs musulmans de cette époque lointaine, puissent convenir à une société si radicalement transformée. La loi n'est que le produit des conditions sociales et économiques de la société qu'elle régit ; elle a en lui cette force particulière que lui assure une évolution et un développement progressifs. Elle se transforme et se développe au fur et à mesure que changent les conditions sociales et économiques de la société. Mais, dira-t-on la loi islamique étant une loi divine ne peut être qu'une loi stable, non susceptible de changement. Je me garde ici de répondre à une telle objection ; je m'expliquerai sur ce point plus loin quand j'aurai à parler de la possibilité d'une réforme législative.

Déjà en Egypte (1), en 1910, au moment où on prépa-

(1) L'Egypte peut être considérée à juste titre comme le plus prospère et le plus civilisé des pays musulmans.

rait la loi organique de Mahakim Shari numéro 31, des plaintes s'étaient élevées contre la sévérité d'un grand nombre de règles préconisées par le rite d'Abu Hanifa dont cette loi allait ordonner l'application (1) ; ces plaintes ne furent cependant pas écoutées et les règles dont on se plaignait furent déclarées applicables. Les plaintes contre la sévérité de telles règles ne cessèrent pas pour cela, elles continuèrent au contraire et finirent par amener le gouvernement à entreprendre la réforme : Les deux lois numéro 24 et 25 de l'année 1920 sont venues apporter un remède bienfaisant sur plusieurs points de droit : (La dette de pension, la retraite ou edda de la femme, et le divorce, que le kadi pouvait désormais prononcer contre l'homme dans certains cas déterminés). Les solutions nouvelles apportées par ces lois ont été puisées dans un autre rite de l'islam, celui de l'Iman Malik.

D'autres règles du Statut personnel présentaient d'autres inconvénients graves, ne s'accommodaient pas avec la vie familiale telle que la conçoivent les musulmans de notre époque; la voie du féminisme s'élevait de plus en plus haut et de plus en plus puissante défendant le droit de la femme et l'intérêt de la vie de famille, réclamant toujours des réformes ; l'opinion publique se montra favorable aux réformes réclamées. Le gouvernement n'a pas hésité devant un tel mouvement ; il prépara une

(1) *Revue de la faculté de droit du Caire*, numéro de janvier 1928 ; article de grand Alem Sheikh Ahmed Ibrahim professeur du droit islamique à la faculté de droit.

loi nouvelle apportant des modifications d'une grande importance sur les règles préexistantes, qui fut promulguée le 10 mars 1929 (1).

Ce qui nous intéresse ici d'une façon particulière dans cette loi, c'est qu'elle a puisé les nouvelles règles qu'elle a introduites non seulement en dehors du rite Hanéfite, mais aussi en dehors des quatre rites orthodoxes (2), seuls admis par la communauté musulmane. La raison qui a déterminé le ministère de la justice à agir ainsi a été, comme dit la note explicative de ce ministère, la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté. « Il n'y a aucun obstacle légal, dit celle note, à suivre les opinions d'autres jurisconsultes que ceux appartenant aux quatre rites orthodoxes, surtout quand un tel acte a pour but d'assurer au peuple un intérêt général ou d'éviter un danger ; telle est l'opinion des docteurs en méthode (3).

Ainsi des réformes législatives ont pu être accomplies pour atténuer la rigueur de la loi islamique sur certains points. Ces réformes sont cependant d'un caractère tout particulier. On s'est borné à chercher dans la masse énorme de la jurisprudence musulmane, des solutions données par l'un ou l'autre des premiers jurisconsultes pour se l'attribuer, on choisissait parmi celles-ci la solution qui convenait le mieux à la société musulmane moderne.

(1) *Journal Al Ahram*, numéro du 11 mars 1929.

(2) Voir l'article 2 et 3 de cette loi.

(3) *Journal Al Ahram*, numéro du 11 mars 1929.

Un problème d'une nature particulière allait bientôt soulever entre les juristes et les Ulema, des discussions autrement plus sérieuses et plus importantes.

La commission de Wakf et des institutions religieuses à la chambre des députés demanda dans son rapport sur le budget du ministère de Wakf 1926-1927 « aux parlementaires et à tous ceux qui s'intéressent aux problèmes sociaux et économiques du pays, d'examiner la question de Wakf de famille (Ahli) pour savoir si ou devait le laisser subsister ou le supprimer ». Par deux conférences successives (1) Mohamed Ali Pacha ancien ministre de Wakf, déclara que le Wakf de famille n'était pas une institution religieuse, démontra à l'aide de statistiques et des arguments décisifs les conséquences « dangereuses, voire néfaste, des Wakf Ahli et déclara enfin « qu'il est du devoir des dirigeants de ce pays de procéder à une réorganisation de cette institution qui se meut — et par son origine et par son caractère — dans le domaine purement civil ». Cela a suffi pour mettre le problème de wakf en discussion. L'opinion publique s'est intéressée vivement à la question ; toute l'élite intellectuelle de l'Egypte — sauf les Ulema et encore pas tous — s'est prononcée en faveur de l'annulation de « wakf Ahli », Les ulema (2) d'un autre côté s'opposaient avec toute

(1) La première conférence fut donnée le 24 décembre 1926 à la grande salle de la cour d'appel au Caire ; la deuxième fut donnée le 16 décembre 1927, sous les auspices de la conférence du jeune barreau du Caire au palais de justice mixte. (L'Egypte Contemporaine, année 1927, p. 385).

(2) Jurisconsultes s'occupant spécialement de questions religieuses : professeur à l'université d'Al Azhar, Mufti, etc..

leur force à ce mouvement qu'ils déclaraient antireligieux (1).

Ce mouvement nous intéresse vivement ici, non pas au point de vue des détails ou par ses résultats, mais parce qu'il marque une évolution, une transformation dans les idées juridiques et religieuses. Le Wakf trouve son assise juridique, sa base dans un hadith du prophète très sommaire qui a plutôt le caractère d'un conseil donné à Omar ibn El Khattab (2). Comme pour toutes les autres branches du droit tout un corps de jurisprudence concernant le Wakf, réglant dans les plus infimes détails les conditions de validité de cette institution, son administration, le droit de l'administrateur, etc..., etc... a été édifié par les Jurisconsultes sur cette seule base.

Les Musulmans depuis des siècles déjà ont suivi ces règles et ont pris l'habitude d'immobiliser leurs biens tant que cela convenait à leur intérêt personnel. Aujourd'hui, on s'aperçoit que le Wakf Ahli (ou de famille) est une institution dangereuse et on néglige très volontiers les règles posées par les premiers jurisconsultes pour remonter au hadith qui a servi de base à leurs décisions, pour l'interpréter lui-même. Un grand

(1) Ce mouvement n'a pas encore abouti, puisque le parlement qui devait se prononcer sur les projets déposés par plusieurs de ses membres, a été dissous peu de temps après.

(2) Omar Ibn El Khattab, qui possédait une parcelle de terre, alla trouver le prophète et lui dit : « J'ai un terrain à Khaibar qui est bien ce que je possède de plus précieux et j'en désirerais faire aumône ». Le prophète lui répondit : « Si tu veux, immobiliser les fonds et, avec l'usufruit, fais du bien ».

avocat, très connu en Egypte (1), écrit à ce propos «... Il résulte de ce qui précède que le Wakf Khairy est légalement approuvé et par la religion et par l'intérêt social ; le Wakf Ahli, au contraire, est interdit légalement et est contraire aux principes du Koran ; ses règles, dangereuses pour l'organisation sociale, n'ont été posées par quelques jurisconsultes que dans un but indigne.... »

Un grand Alem, professeur du droit islamique à la faculté de droit, très estimé par les élites Egyptiennes (2) écrit : «... Qu'ils savent (ceux qui écrivent ou parlent de Wakf) qu'on ne doit se guider dans la réorganisation de Wakf, que par l'intérêt général. Le législateur n'a pas posé de règles le concernant ni dans le « Koran » ni dans la « Sunna », sauf un petit nombre tel que le « hadith » d'Omar et sauf les principes généraux de la religion. Tout ce qui est dans les livres des jurisconsultes concernant le wakf est le produit de l'effort intellectuel qu'on peut remplacer par d'autres règles plus conformes à l'intérêt général.... » Les idées ont donc changé, la brèche est ouverte ; le prestige superstitieux des Foukaha des premiers temps de l'islamisme commence à s'ébranler.

Passons maintenant à l'autre aspect de la question : Une réforme législative du droit islamique est-elle possible ?

(1) Mustafa Sabri (Al Muhamah, numéro d'avril 1927, p. 751).

(2) *Revue de la faculté de droit*, numéros 5 et 6, deuxième année : article du Sheikh Ahmed Ibrahim, p. 3 et suiv.

La législation islamique n'est nullement hostile au développement ; elle n'est pas immuable ; elle contient en elle-même comme nous l'avons déjà dit, la force de se développer et d'évoluer. Cela tient à la nature particulière de cette loi. Il ne faut pas confondre dans l'étude de cette loi le « Koran » et la « Sunna » d'une part et les règles de jurisprudence élaborées par les jurisconsultes d'autre part. Seuls les principes du Koran et de la Sunna authentiques, sont immuables. Or le Koran, comme nous le savons ne contient qu'un nombre très limité des règles juridiques ; les principes qu'il renferme constituent à la vérité, les bases, les assises juridiques de la jurisprudence musulmane. Quand à la Sunna, ses règles ne sont pas beaucoup plus nombreuses que celles du « Koran » elle est sujet d'un autre côté, contrairement au Koran, à un examen scientifique sérieux qui a pour but de distinguer les vrais des faux « hadiths ». Au temps d'Omar, le deuxième Khalife les « hadiths » en cours étaient d'un nombre fort restreint.

Les « Koran » et la « Sunna » seule partie immuable du droit islamique ne contiennent donc que les principes généraux, les règles directrices de la législation. Les musulmans tiennent de ces sources l'autorisation d'en extraire les règles pratiques à suivre dans la vie juridique et économique. C'est ainsi que les grands docteurs des premiers siècles de l'islam sont arrivés par l'exercice de l'effort intellectuel « l'idjtihad » à édifier cette riche construction de jurisprudence qui a subsisté jusqu'à nos jours.

Ce corps de jurisprudence, élaboré par les docteurs

d'une époque ne s'impose nullement aux autres docteurs de la même époque, ni à plus forte raison à ceux d'une époque postérieure. L'idjtihad constitue la force de progression et d'évolution du droit islamique ; le droit à l'idjtihad appartient toujours aux docteurs musulmans de toute époque ; aucune règle du Koran ou de la Sunna, aucune règle de jurisprudence n'empêche les docteurs musulmans d'une époque d'élaborer les règles pratiques (Fourou) qui s'accordent le mieux avec l'intérêt de la communauté en se gardant de s'écarter des principes du Koran ou de la Sunna authentique, toujours d'accord avec l'esprit de la loi, et sans heurter les dogmes de la religion. Là où il y a une règle posée par le Koran ou par un hadith authentique on n'aura qu'à le suivre, mais dès que cette règle fera défaut on aura le droit de recourir à des procédés analogues à ceux employés par les premiers docteurs pour extraire les solutions des sources principales. Les docteurs chefs d'écoles eux-mêmes n'ont jamais prétendu imposer leur jurisprudence à la communauté musulmane, au contraire ils encourageaient l'idjtihad et défendaient aux musulmans de les imiter aveuglément (1).

Il n'est donc nullement un acte de mécréance, contrairement à ce que prétend le savant hollandais Snouck Hurgronge, de négliger une règle de pratique qui est le produit de l'idjtihad et de se livrer à l'examen des

(1) *Revue de la faculté du droit du Caire*, numéro de janvier 1927, article de Ahmed Ibrahim Ibrahim, professeur de droit islamique à la faculté de droit du Caire.

sources principales du droit pour en extraire d'autres (1)

La nature du droit islamique n'est donc pas, comme nous le voyons, hostile à toute idée de réforme. Le seul obstacle qui se dresse contre une telle réforme, est la résistance aveugle qu'opposent les « Ulema », les prétendus gardiens de la loi sacrée, à toute évolution, et à tout changement. Ils n'admettent pas qu'on touche à ce corps de jurisprudence élaborée par les premiers docteurs de l'islam. Ils s'attachent aux principes des rites qu'ils embrassent plus fermement que ne l'avaient demandé les fondateurs des rites eux-mêmes. A toutes les réformes que nous avons vu (plus haut) se réaliser en Egypte, ils n'ont pas cessé de protester et de déclarer l'illégalité de tels changements. Ces réformes n'étaient cependant pas d'une grande envergure ; on s'était borné, comme nous l'avons vu, à choisir parmi les solutions données par les docteurs musulmans des premiers temps, celles qui convenaient le mieux à notre société moder-

(1) Je m'appuie dans cette opinion sur l'autorité de l'éminent professeur de la faculté de droit du Caire, Ahmed Ibrahim Ibrahim. Il a soutenu cette opinion dans plusieurs articles publiés dans la revue de la faculté de droit du Caire. Voir surtout le numéro de janvier 1928 de cette revue p. 20.

Abd El Fattah El Saïd Bey écrit d'un autre côté, dans l'introduction à sa thèse de doctorat : « Ne serait-il pas suffisant de ne pas se départir des règles essentielles de l'Islam, de ses principes fondamentaux pour résoudre les questions vitales qui nous occupent actuellement telles que : le prêt à intérêt — la bigamie et tant d'autres ? Je puis assurer qu'une saine interprétation aboutirait aux meilleures solutions conformes à la fois à l'esprit islamique et aux nécessités présentes ». (De l'étendue des droits de la femme dans le mariage musulman et particulièrement en Egypte, thèse Dijon, 1922).

ne ; on était resté fidèle à l'ensemble des règles posées par le docteurs des premiers siècles. Personne ne pouvait prétendre que les règles posées par l'un ou l'autre des divers grands Mudjtahidin orthodoxes des premiers siècles de l'islam ne constituent aussi bien les unes que les autres, des principes juridiques respectables qu'on peut suivre dans la pratique juridique.

Comment peut-on concevoir que les Jurisconsultes musulmans soient empêchés de suivre la voie tracée par leurs prédécesseurs des premiers siècles, d'étudier les sources de la loi et d'y puiser les règles juridiques qui s'harmonisent le mieux avec les conditions sociales et économiques des temps modernes ? Le Koran, suivant la conviction musulmane est incréé et éternel ; il est révélé pour guider la vie juridique sociale et économique des musulmans en tout temps et toute époque jusqu'à la fin du monde. Or, les conditions sociales et économiques sont en continuel développement. Il faut donc que les règles juridiques appliquées permettent un certain changement pour s'adapter aux nouveaux besoins de la société. Les sources de la loi islamique fournissent l'instrument pour un tel développement mais les jurisconsultes musulmans, se défendent de s'en servir, condamnant ainsi le droit islamique à une immobilité regrettable, au risque de jeter le doute sur la valeur juridique de cette loi éternelle.

Point n'est besoin d'aller loin pour chercher la cause de cette immobilité imposée à la jurisprudence musulmane depuis déjà plus de neuf siècles ; la décadence croissante de la science juridique musulmane en est la

véritable cause. A n'en juger que par l'état de l'enseignement de cette science pratiquée dans la grande université Al Azhar au Caire, qui est absolument lamentable (1).

L'influence des « Ulema » conservateurs est encore grande en Egypte ; leur résistance réussit souvent à empêcher la réalisation des réformes voulues ou du moins à restreindre sensiblement leurs plans. C'est à mon avis cet état d'esprit particulier des Ulema, leur opposition à toute réforme qui a fait dire aux savants européens tel que le Dr Snouck Hurgronge que le droit musulman est immuable.

L'heure de la réformation a cependant déjà sonné en Egypte ; l'idée de réformer les lois existantes est née ; un assez grand nombre des « Ulema » (2) s'est séparé de la masse conservatrice pour soutenir avec une grande audace l'idée de la nécessité d'une réforme. Le professeur de droit islamique Ahmed Ibrahim a pu même déclarer la possibilité de remplacer les règles de jurisprudence, élaborées par les docteurs musulmans des premiers siècles, par d'autres règles qu'une commission composée des « Ulema » imbus de l'esprit moderne et

(1) Khudary Bey : histoire de la législation islamique, p. 232 et suiv.

(2) Nous citons ici les noms de : Abd-El-Wahhab Khallaf, professeur à l'Ecole de Kada'Sharī du Caire, opinion émise dans son cours enseigné à cette école ; Seikh Ahmaḍ Ibrahim Ibrahim de qui nous avons déjà cité plusieurs fois le nom ; Sheikh Mohamed Abd El Aziz Al Kholi, professeur à l'école de Kada Shari ; Sheikh Mohamed Ahmed Al Adawi, professeur à l'université d'Al Azhar.

connaissant à fond le droit islamique — et d'autres jurisconsultes versés dans l'étude des droits modernes — droit comparé — puiserait dans les sources principales de la loi (1).

L'évolution du droit islamique est donc, souhaitable et possible. Des réformes se sont même déjà réalisées malgré la résistance des « Ulema ». On serait fondé par conséquent à espérer voir un jour prochain, se former à titre permanent en Egypte cette commission réclamée par l'éminent professeur de la faculté de droit du Caire, qui serait chargée de puiser directement aux sources principales, les règles juridiques destinées à régir la société moderne (2).

Conclusion particulière à ce chapitre

Pendant trois siècles au moins les Mudjtahidin — juges ou jurisconsultes — musulmans ont travaillé à édifier cette belle et riche construction de droit, qu'ils ont léguée aux siècles suivants.

Si les juges anglais au 12^e siècle et aux siècles suivants ont su, au nom de l'interprétation de la coutume préexistante, transformer cette coutume, l'adopter aux besoins d'une société nouvelle, et même créer des règles nouvelles suivant le cas, les juges et les jurisconsultes de l'islam n'ont pas accompli une œuvre moindre dans le

(1) Article du Sheikh Ahmed Ibrahim Ibrahim : *revue de la faculté de droit*, numéro de juin 1927.

(2) Quant à l'étendue des réformes qu'on peut ainsi réaliser, nous ne pouvons pas la déterminer ici.

domaine de l'élaboration de la loi islamique. Les décisions judiciaires des grands juges des premiers temps de l'islam font une figure assez grande dans la jurisprudence musulmane. Il ne faut pas cependant pousser la comparaison plus loin ; les juges de l'islam n'ont exercé cette influence sur le développement du droit qu'au titre de mudjtahid — et ils l'étaient tous dans ce temps lointain — tandis que les juges anglais devaient, comme nous le savons, leur pouvoir dans l'élaboration de la « common law » ou de « l'équity » à leur qualité de juges. D'autre part, les juges ou les jurisconsultes musulmans n'ont jamais prétendu avoir un pouvoir purement *créateur* du droit, ils cherchaient toujours dans le Koran ou la Sunna un appui à leurs décisions, quelque général ou imprécis soit il, mais toujours une base juridique, ne fut-elle que l'esprit général de la législation. Au contraire, comme nous l'avons montré, les juges anglais d'après la théorie moderne possèdent un pouvoir purement créateur du droit ; ils sont libres de chercher la matière de leurs décisions là où ils la jugeront plus conforme à l'intérêt social. Cette différence nous semble cependant plutôt théorique que pratique, vu la nature particulière du « Koran » et de la « Sunna », de même que la grandeur de l'œuvre entreprise par les « Mudjtahidin » de l'islam.

Un autre point de comparaison est celui concernant l'autorité du précédent. Le précédent n'a jamais acquis la force obligatoire dans le droit islamique ; — nous ne tenons pas compte naturellement de cet attachement, plutôt religieux, des musulmans aux doctrines de quatre

docteurs chefs d'école — le champ est donc resté libre pendant ce temps devant tout mudjtahid, d'apporter une nouvelle opinion dans le domaine du droit. Ce qui n'a pas été sans nuire à la valeur juridique de cette jurisprudence. Sur un même point de droit, nous trouvons de multiples opinions divergentes aussi respectables les unes que les autres. Chaque rite a tout d'abord ses solutions particulières et aussi, au sein d'un même rite, subsistent les mêmes divergences ; de sorte qu'en ouvrant un livre de jurisprudence de l'un ou de l'autre rite, on s'étonne de voir cette juxtaposition sans ordre, de diverses opinions sur une même question de droit. Il aurait mieux valu pour l'uniformité de cette législation organiser l'autorité législative, assurer la réunion de juriconsultes « Mudjtahidin » dans une assemblée générale qui serait chargée de voter les textes de lois applicables ; mais une telle organisation n'était pas de l'esprit de ces temps lointains. Aujourd'hui au contraire une telle organisation peut être facilement réalisée (1).

Dernière remarque pour conclure : Les décisions judiciaires islamiques n'ont jamais été réunies dans des recueils spéciaux de jurisprudence, elles se trouvent dispersées dans les divers ouvrages des « Fikh ».

(1) Des voix se sont élevées ces derniers temps en Egypte pour réclamer la réunion d'une assemblée des juriconsultes qui serait chargée de choisir dans la jurisprudence de différents rites les règles qui conviendraient le mieux aux conditions nouvelles de la société musulmane moderne et même au besoin de puiser ces solutions directement dans le Koran et la Sunna.

CHAPITRE IV (1)

LE ROLE SOCIAL DU JUGE

La justice musulmane

Une justice, relativement simple, peu coûteuse, débarrassée de beaucoup de formalités qui caractérisent la procédure de notre époque moderne (2), assurée par un juge unique, rendue publiquement et contradictoirement : elle est enfin bienfaisante et humanitaire : telle est dans quelques mots le véritable aspect de la justice musulmane.

La juridiction du « Kadi » de l'Islam s'étend sur toutes les affaires civiles et pénales concernant la communauté ; le juge étant comme nous le savons le délégué du Khalife, il s'occupe des intérêts des musulmans de sa circonscription, dans leur vie sociale, économique, juridique

(1) Ici nous exposerons simplement les règles de la loi islamique, telles qu'elles sont élaborées par les docteurs musulmans.

(2) Van Den Berg : principes du droit musulman, p. 213 ; Le Bon, p. 413 ; voir aussi Haidar Mardam Bey : l'organisation judiciaire et le principe de l'égalité entre les justiciables, Paris, 1928, p. 218, 268, 269.

et familiale. Il a compétence, à cause de la nature religieuse de la justice musulmane, pour régler les conflits familiaux de nature la plus intime.

Les règles de procédure posées par les jurisconsultes sont relativement très peu comparées à celles contenues dans les codes de procédure civile, ou codes d'instruction criminelle du droit européen. Elles se réfèrent surtout aux modes de preuves admis dans les divers cas, aux conditions exigées pour la validité des actions intentées en justice, et aux réclamations des parties. La direction des procès est entre les mains du Kadi ; aucun délai n'est exigé pour intenter une action, aucune formalité concernant l'assignation des parties, leur présence ou leur absence au cours du procès. Les débats sont oraux, la sentence est rendue, en général, séance tenante et en présence des deux parties (1).

Nous n'avons nullement besoin ici d'étudier à part les règles de procédure, elles sont comme nous venons de le dire extrêmement simples. Nous nous proposerons, au contraire d'étudier dans une première section les traits caractéristiques généraux de la justice et ensuite le pouvoir du juge en matière pénale en même temps que les traits caractéristiques de la procédure pénale ; dans une section deuxième nous étudierons « la preuve en droit musulman », et enfin dans une troisième nous parlerons de la protection des incapables.

(1) Le jugement par défaut n'est admis que dans des cas exceptionnels.

SECTION PREMIERE

I

TRAITS CARACTÉRISTIQUES DE LA JUSTICE MUSULMANE

a) *L'autorité de la chose jugée*

Le système judiciaire de l'Islam ne connaît qu'un seul degré de juridiction ; chaque juge est aussi souverain, aussi indépendant dans sa circonscription que tous les autres. L'institution d'appel, juridiction supérieure ayant pour mission de réformer les sentences erronées de juridictions inférieures, ne figurent pas parmi les institutions judiciaires islamiques (1). Aucune hiérarchie n'existe entre les juridictions. N'y a-t-il donc pas une voie de recours contre les sentences des juges de l'Islam ? Des voies de recours existent à la vérité, mais elles ne se conçoivent que sous la forme des recours adressés au même juge qui a rendu la sentence ou à son successeur dans la même circonscription. Les jurisconsultes musulmans énumèrent d'un côté les cas dans lesquels les jugements doivent être toujours cassés, et d'un autre côté, ceux dans lesquels il est permis à un juge de réviser les sentences de son prédécesseur. Ils énumèrent, en

(1) Omar Bey Loutfy : *L'action pénale en droit musulman*, fascicule 2^e p. 43 ; Morand : *Etude du droit musulman algérien*, p. 337 et suivantes. La juridiction du Mazalim se montre en apparence comme une juridiction d'appel, mais nous avons prouvé dans notre premier chapitre qu'elle n'en constitue pas une.

outre, les cas dans lesquels le juge peut rétracter sa sentence (1). La nature particulière de quelques-uns de ces cas a amené quelques auteurs européens à considérer les sentences judiciaires comme dépourvues de la force de la chose jugée, qu'une affaire déjà tranchée par une décision judiciaire peut être toujours portée devant la justice pour être jugée de nouveau (2). M. Morand dans son « Etudes du droit musulman » et Omar Bey Loutfy dans son ouvrage intitulé « De l'action pénale en droit musulman », se sont efforcés de combattre cette opinion. Ils ont soutenu que la chose jugée en droit islamique jouit de la même autorité qui lui est confiée en droit français (3).

M. Morand surtout, affirme dans des termes très catégoriques l'existence de « l'autorité de la chose jugée » dans le système de l'Islam. « Or, il n'est pas douteux, écrit-il, qu'à ces doubles points de vue, la législation islamique n'attribue et n'attribue d'une façon définitive,

(1) Moine Al Hokkam, p. 28 et suivantes.

(2) M. Robe et M. Zeys cités par M. Morand : Etude du droit musulman algérien.

M. Amedroz dans son article intitulé : « *The Office of the Kadi in the Akkam Sullania* », écrit «...and indeed, the above mentioned case of inheritance do not suggest the existence of any moslem doctrine of *Resjudicata*... Nor does it appear... that their should be any de finite *finis litium* (Journal of the Royal asiatic Society (1910).

(3) « Or, nous prétendons, écrit M. Morand, qu'en droit musulman comme en droit français, le juge qui a été sollicité d'écarter tout débat par ce motif qu'il y a chose jugée et qui reconnaît l'exactitude de cette affirmation doit se refuser à examiner le litige qui lui est soumis » Morand : Etudes du droit musulman, p. 344.

l'autorité de la chose jugée aux sentences rendues par des magistrats musulmans (1).

Je ne puis pas accepter l'opinion de ces auteurs, leurs arguments n'étant pas de nature à me convaincre. Le droit islamique à mon avis n'accorde pas à la chose jugée la même autorité que lui accordent les droits modernes, le droit français en particulier. L'autorité qui s'attache à la chose jugée dans l'Islam est une autorité d'une nature particulière sur laquelle nous nous expliquerons ci-dessous.

Le système judiciaire de l'islam n'admet qu'un seul degré de juridiction. Il n'y a pas une juridiction supérieure qui peut réformer les jugements erronés ou iniques, mais ce pouvoir est reconnu au juge même qui a rendu la sentence ou à son successeur.

Tout jugement ne peut pas être toujours, et sans distinction de cas, révisé ou annulé, cela n'est permis que dans des cas déterminés par la jurisprudence. L'étude de ces divers cas va nous permettre de déterminer le degré d'autorité attaché par cette jurisprudence à la chose jugée.

Tout d'abord, tout jugement rendu contrairement aux principes du Koran, de la Sunna authentique, ou de l'idjma, doit être toujours cassé, même d'office, par le juge qui en prend connaissance (2). Il n'est pas admis à quiconque d'enfreindre les règles établies par la loi.

(1) Morand : *Etudes du droit musulman*, p. 340.

(2) Moine Al Hokkam, p. 28 ; Ibn Abdine, t. IV, p. 338 ; Zeid Bey : *Mabahit Al Murafat*, p. 185.

Cependant là où le texte est muet, et dans le cas où le juge est un « Mudjtahid », celui-ci comme nous le savons peut manier les sources de la loi pour en extraire la solution du conflit présent ; une telle décision, produit de l'effort législatif du juge, doit être respectée par tout autre juge, elle est légale. C'est à ce cas que réfère le texte suivant reproduit par M. Morand à l'appui de son opinion « l'interprétation judiciaire tranche toute contestation quant à l'affaire jugée (1) ». Cela veut dire que l'interprétation donnée par un juge Mudjtahid doit être respectée ; l'application de la loi dans cette affaire est légale, les autres juges ne sont pas tenus par cette interprétation dans les sentences qu'ils rendront à l'avenir, mais, en ce qui concerne ce même litige, l'interprétation est définitive. Ce texte n'a pas grande importance comme nous le voyons en ce qui concerne la force de la chose jugée. Voilà un premier cas qui permet de casser le jugement. Tout jugement contraire aux textes de la loi peut être *toujours* cassé « même s'il a été confirmé par mille juges » (2). Ce cas constitue un recours en cassation contre les jugements rendus contre un texte formel. Il faut cependant remarquer qu'un tel jugement ne peut *jamais* acquérir aucune autorité ; le droit isla-

(1) Khalil, trad. Seignette, art. 1479 cité par M. Morand, p. 344 : « Et si un juge Hanéfite, par exemple, écrit M. Morand, ne peut examiner une contestation, lorsqu'on lui objecte qu'elle a été déjà résolue par un magistrat Malékite, *a fortiori*, il y a lieu d'interdire à ce juge Hanéfite d'examiner un procès sur lequel aurait déjà statué un magistrat de la même école. »

(2) Ibn Abdine, t. IV, p. 345.

mique ne fixe aucun délai pour l'annulation ou la révision des jugements qui y sont sujets.

Mais n'y a-t-il pas que les cas de contradiction avec la loi qui empêche la sentence d'acquérir une autorité ? Les jurisconsultes en citent beaucoup d'autres encore, nous ne reproduirons ici que les plus importants :

Les décisions d'un juge probe et capable contenant une erreur flagrante peuvent être cassées (1). Les décisions iniques (2), contraires à la justice (2) (*Kada bi-l-jour*), basées sur témoignage contraire à la vérité flagrante (*Khilaf Al Mahçous*) (4) peuvent être aussi révisées et annulées. Bien plus les sentences d'un juge probe (*Adl*) mais ignorant, peuvent être contrôlées d'office : celles qui sont reconnues véridiques (*sawab*) seront confirmées et celles qui contiennent des erreurs (*Khata*) seront cassées (5). Les sentences d'un juge notoirement injuste peuvent être cassées en bloc (6) sans aucun examen.

Dans le cas d'un jugement rendu sur un serment, si la partie perdante peut prouver son droit par un autre mode de preuve, par témoins, il en résultera l'annulation de ce jugement (7). Si la partie perdante prouve que le juge a négligé d'éprouver les témoins (*Tazkieh*) et

(1) Moine Al Hokkam, p. 29.

(2) Khalil, trad. de Seignette, art. 1468.

(3) Ibn Abdine, t. IV, p. 355.

(4) Zeid Bey : *Mabahith Al Murafaat*, p. 184.

(5) Moine Al Hokkam, p. 29.

(6) Moine Al Hokkam, p. 29.

(7) Moine Al Hokkam, p. 33.

que par conséquent le jugement a été rendu sur un témoignage *insuffisant*, ce jugement sera sur sa demande, annulé (1).

Dans le livre de Khalil (rite Malekite) nous trouvons parmi les cas permettant la réformation du jugement celui-ci : « lorsque la sentence contient une erreur de fait, si elle est reconnue ou prouvée (2).

Ainsi comme nous le voyons, la sentence judiciaire en droit islamique ne peut acquérir aucune autorité tant qu'elle renferme une erreur de droit ou de fait ou une injustice. Une telle sentence peut en tout temps être révisée et réformée. Le but des docteurs étaient d'assurer au peuple une justice idéale et parfaite ; ils ne pouvaient pas admettre qu'un jugement inique ou basé sur une erreur de droit ou de fait puisse acquérir une autorité qui le mette à l'abri de toute révision. Dans l'épître adressée par le Khalife Omar à son Kadi Abu Muça l'Ashari (3); le Khalife lui écrit..... « Qu'une décision rendue la veille et sur laquelle, la réflexion que tu fais le lendemain t'amène à rectifier ton opinion ne t'empêche pas de revenir à la vérité, car celle-ci est éternelle et il vaut mieux y revénir que persister dans l'erreur ».

Un principe important de la procédure islamique permet au perdant d'introduire une demande reconvention-

(1) Moine Al Hokkam, p. 33.

(2) Khalil, trad. de Seignette, art. 1473.

(3) Nous avons reproduit cette épître dans notre chapitre premier. Nous reproduisons ce passage ici uniquement pour montrer la conception islamique de l'idée de justice.

nelle dans le procès, même après le jugement (1). Une telle demande aura pour effet de soumettre de nouveau le procès à l'examen de la justice, et si les revendications du demandeur (celui qui a introduit la demande reconventionnelle) sont reconnues fondées le jugement sera annulé.

M. Morand s'appuie sur des textes tels que ceux-ci :

« Le magistrat lui-même n'a pas le droit de se rétracter de son jugement, de casser l'arrêt prononcé par sa bouche » (2) ou encore « les arrêts d'un magistrat, au civil comme au criminel sont sans appel ». Or, la portée de ces textes ne peut pas être absolue, elle est limitée par les diverses règles que nous venons de reproduire. Pour M. Morand ces règles ne constituent que des exceptions d'une portée limitée, mais une simple connaissance de la nature particulière de la jurisprudence musulmane suffit pour nous démontrer leur importance ; elles ne sont pas des exceptions mais des règles juridiques ayant la même autorité que les autres textes (3). Il faut donc comprendre ces diverses règles ensemble. Or, en les conciliant, nous arrivons à la conclusion suivante :

Le droit islamique ne reconnaît l'autorité de la chose jugée qu'aux sentences rendues par des juges notoire-

(1) Zeid Bey : *Mabahith Al Murafaat*, p. 185 ; *Mejallat*, Code civil ottoman, art. 1840.

(2) Texte d'Ibrahim Halebi, cité par M. Morand, p. 342.

(3) Nous savons par notre étude précédente que la jurisprudence musulmane n'est qu'un ensemble des « case-law » artificiels, qu'une juxtaposition des cas isolés multiples avec leur solution.

ment capables et irréprouchables, en conformité avec les textes de la loi et non entachées d'erreur (1).

b) *La prescription en droit musulman*

Le droit musulman ne reconnaît au laps du temps aucun effet acquisitif du droit (usucapion), il lui reconnaît un simple effet extinctif de l'action réelle ou personnelle mais non du droit. L'article 1660 du Mejjalat ou Code Civil ottoman porte en effet que « les actions... ne sont plus recevables si elles n'ont pas été exercées pendant quinze ans » et l'article 1674 ajoute « que le fait de ne pas exercer un droit pendant un temps plus ou moins long n'en entraîne pas la déchéance ».

La prescription ne court que contre ceux qui sont en mesure de réclamer leur droit et négligent de le faire pendant un certain laps de temps ; elle ne court pas par conséquent, contre ceux qui ont un « empêchement légitime » de réclamer leur droit (2). Les jurisconsultes donnent comme exemple de ces empêchements : a) l'état de la minorité ; b) celui de démence ; c) la prépotence de celui contre lequel on réclame ; d) l'absence du réclamant (3). Mais cette énumération n'a nullement un

(1) M. Zeys dans son commentaire sur un jugement rendu par la cour d'Alger, exprime la même opinion. Il écrit : « On ne connaît pas en droit islamique l'autorité de la chose jugée, elle est remplacée par l'autorité de la chose bien jugée, ce qui vaut peut-être mieux. » (Recueil d'actes judiciaires arabes des Zeys et Sidi-Saïd).

(2) Code civil ottoman (*Mejjalat*), article 1663.

(3) Code civil ottoman, 1663.

caractère restrictif ; le juge appréciera dans chaque cas, le fait présenté comme ayant empêché le demandeur de réclamer son droit.

Le cours de la prescription ne peut être interrompu que par une action intentée devant le juge ; toute autre réclamation formulée en dehors du tribunal n'aura aucun effet. Un arrêt dans le cours de la prescription, prolongé pendant un certain temps aura aussi pour effet d'interrompre la prescription (1).

Le délai de prescription est en général quinze ans chez les Hanéfistes (2) et dix ans chez les Malekites. Les actions concernant les biens Wakfs ne se prescrivent que par trente-trois ans (3).

Le droit islamique admet comme le droit français, la jonction des possessions (4). Ainsi est admise la jonction des délais de non action du défunt et celui de son héritier, du vendeur et de l'acheteur, du donateur et du bénéficiaire, etc...

En matière pénale comme en matière civile, le laps de temps n'a pas pour effet d'éteindre le droit à la répression ; il constitue simplement une entrave à toute accusation tardive (5). Le fondement juridique de la prescription pénale est l'inefficacité de la preuve apportée quelque temps après l'accomplissement de l'infraction.

(1) Khalil, trad. de Seignette, art. 1666, cité par M. Morand, p. 378.

(2) *Mejallat*, art. 1660.

(3) Ibn Abdine (fils), t. I, p. 346 et suivantes.

(4) *Mejallat*, art. 1670, 1671, 1672.

(5) Omar Bey Loutfy : « *De l'action pénale en droit musulman* », 2^e fascicule, p. 57.

tion. La preuve testimoniale étant le mode de preuve par excellence en matière pénale, les témoins sont tenus d'apporter leur témoignage sans aucun retard. S'ils manquent à ce devoir, s'ils n'apportent leur témoignage qu'après un certain temps on serait fondé à leur retirer toute confiance.

La raison d'être de la prescription pénale étant comme nous venons de le dire l'inefficacité de la preuve, les jurisconsultes musulmans admettent les poursuites nonobstant le laps de temps, chaque fois que la preuve peut être établie d'une façon décisive, par l'aveu du délinquant, par exemple.

Le délai de prescription pénale est d'un mois en général pour les peines de « Hodoud ».

c) *La contrainte par corps*

Un troisième trait caractéristique de la justice musulmane est celui concernant la contrainte par corps. L'emprisonnement pour dette est admis, par l'école Hanéfite, comme moyen effectif de contrainte contre le débiteur récalcitrant aussi bien en matière pénale qu'en matière civile (1).

L'emprisonnement peut être prononcé contre tout débiteur solvable qui refuse de payer une dette exigible, il ne peut être ordonné cependant qu'à la demande du créancier. C'est au juge qu'incombe la charge de surveiller les prisonniers et d'acquitter ceux dont l'insolvabilité est prouvée.

(1) Zeid Bey: *Mabahith Al Murafaat*, p. 187.

Nous trouvons reproduits dans tous les livres de jurisprudence le passage suivant :

« Le juge entrant en charge s'occupera dans l'ordre suivant des affaires qu'il trouve pendantes à son tribunal : celles qui concernent les prisonniers..... » (1).

De nos jours encore l'article 343 du décret réglementaire de Makakim Shari d'Egypte autorise l'emprisonnement pendant 30 jours au plus contre les débiteurs solvables qui refusent de payer certaines dettes (énumérées dans l'article) confirmée par une sentence judiciaire.

II

LE POUVOIR DU JUGE EN MATIÈRE PÉNALE (2)

Le droit islamique ne détermine expressément qu'un petit nombre d'infractions et les peines qui leur sont appliquées ; celles qu'on appelle *hodoud* ou peines légales (3). Ces peines sont déterminées limitativement par la loi ; le juge n'a aucune discrétion à exercer dans leur application ; la peine de l'ivresse par exemple est limitée à 80 coups de courroie ; le juge dès que l'infraction sera prouvée n'aura qu'à les administrer. L'action

(1) Khalil : *Statut réel*, traduit par Seignette, art. 1418.

(2) Voir Mawerdi : *Les statuts gouvernementaux*, p. 469 et suiv. Trad. Fagnan.

(3) Les seules infractions, contre lesquelles la loi prononce des peines *hodouds* sont les suivantes : le vol, l'ivresse, l'adultère, l'accusation calomnieuse et le meurtre ou coups et blessures.

pénale dans la plupart de ces *hodoud* appartient exclusivement à la victime ; le juge ne peut pas intervenir pour appliquer les peines tant que la victime n'a pas porté plainte devant lui. Certains *hadd*, cependant peuvent être prononcés d'office par le juge ou sur la demande de tout musulman : ce sont des peines sanctionnant un droit pur de Dieu (1).

Le nombre très limité des peines « *hodoud* » a amené les docteurs musulmans à reconnaître au Khalife et à son délégué le Kadi le pouvoir de déterminer eux-mêmes d'autres infractions et peines auxquelles ils donnent le nom de *Taazir*. Les *Taazir* sont donc des peines que le juge applique à des faits non prévus par la loi. Le juge comme nous le savons a pour mission de s'occuper des intérêts des musulmans et d'assurer en qualité de délégué du Khalife le bon ordre social. Il doit, par conséquent, punir tout acte de nature à troubler l'ordre social ou de porter atteinte aux autres membres de la communauté. Le juge détermine la qualification de l'infraction et choisit la peine qu'elle mérite ; cette peine ne peut cependant pas dépasser dans sa quotité celle prononcée par la loi en matière d'*hodoud*. Dans l'application de *Taazir*, le juge, disent les jurisconsultes, doit pren-

(1) D'après le droit islamique, les actions de l'homme donnent naissance, soit à un droit pur de Dieu, soit à un droit pur de l'homme, soit à un droit mixte unissant le droit de Dieu et le droit de l'homme ; la première catégorie se rattache aux faits qui intéressent exclusivement la société, la deuxième à ceux qui intéressent l'homme et la troisième à ceux qui intéressent la société et l'homme à la fois. (Omar Bey Loutfy : *L'action pénale*, p. 39).

dre en considération, la gravité de l'infraction et la situation de l'infacteur (1).

Il résulte de ces règles, que le juge jouit d'un pouvoir très étendu en matière pénale. Un tel système peut paraître contraire à la conception moderne de la pénalité et surtout à ce grand principe « *nulle pene sine lege* ». On peut croire qu'ainsi les peines seront arbitraires et les délinquants dépourvus de toute garantie dans leur jugement.

Nous observons cependant, en ce qui concerne l'arbitraire des peines, qu'en pratique, les Khalifes ou souverains de l'Islam limitaient souvent par des ordres particuliers (Kanouns) le pouvoir de leurs Kadis dans cette matière en déterminant à l'avance la plupart des faits — surtout les plus graves — méritant les peines Taazirs ainsi que les peines qui leur sont applicables (2).

Quant aux règles de la procédure pénale et aux garanties assurées aux accusés, au point de vue de leur défense, elles présentent divers traits caractéristiques :

L'institution du ministère public n'étant pas connue en droit islamique, l'action pénale appartient exclusivement dans les infractions commises contre la personne ou les intérêts des particuliers, aux victimes de ces infractions ou à ses héritiers (3). Les peines hodouds qui n'intéressent que l'ordre social, telle que la peine de

(1) Omar Bey Loutfy, 1^{er} fascicule, p. 46; Ibn Abdine, t. III, p. 183 et suivantes.

(2) Omar Bey Loutfy : fascicule 1^{er}, p. 47.

(3) Omar Bey Loutfy, fascicule 1^{er}, p. 35 et suivantes.

l'ivresse, et les peines Taazirs peuvent, au contraire, être appliquées d'office par le Kadi ou sur la dénonciation de toute autre personne; dans ce cas le Kadi joue le rôle de poursuivant, du juge et d'exécuteur de la peine. Pour les Taazirs il peut même s'abstenir d'appliquer aucune peine s'il juge que l'accusé peut se corriger lui-même. La direction des procès est entre les mains du Kadi ; il peut recourir pour découvrir la vérité à l'expertise domiciliaire, mais seulement en cas de nécessité et lorsqu'il existe contre l'inculpé sinon des preuves du moins des fortes présomptions (1). Il peut aussi ordonner la détention préventive contre l'accusé (2). La détention préventive est cependant soumise à des conditions rigoureuses ; elle ne peut être ordonnée, par exemple, contre les accusés dont l'honnêteté est notoirement connue, qu'après une preuve. Pour les accusés dont on ignore la moralité la détention préventive peut être ordonnée contre eux sur des présomptions, mais le juge doit se renseigner immédiatement sur leurs personnes (3). Le délai de la détention est fixé en principe à un mois, il peut être prolongé cependant si les charges contre l'accusé deviennent plus accablantes.

La procédure islamique offre aux accusés certaines garanties sérieuses qui peuvent contrebalancer, dans une certaine mesure la sévérité flagrante des peines prononcées par la loi. Nous avons vu que le pouvoir du juge

(1) Tabçirat Al Hokkam, t. II, p. 234.

(2) Ibn Abdine, t. III, p. 147.

(3) Une opinion divergente ne permet pas la distinction dans ce cas.

dans l'application de l'expertise domiciliaire et la détention préventive est très restreinte. D'un autre côté les témoins à charge ne sont acceptés pour déposer que s'ils présentent le maximum de degré d'honorabilité et d'honnêteté. La loi exige pour la constatation de la culpabilité des modes particuliers de preuves qui sont parfois très difficiles à réaliser. Le juge, enfin, ne doit condamner que s'il a une conviction très nette de la culpabilité.

Le Prophète a dit : « Repoussez les peines graves par le doute ».

SECTION DEUXIEME

NOTIONS GÉNÉRALES DE LA PREUVE EN DROIT ISLAMIQUE (1)

I

Principaux modes de preuves

Les principaux modes de preuve en droit islamique, sont l'aveu, le serment et la preuve testimoniale.

L'aveu constitue une preuve directe et suffisante en toute matière civile ou pénale. Il n'a d'effet que contre la personne qui l'a fait. Certaines conditions sont cependant requises pour que l'aveu soit admis comme mode de preuve ; celui qui fait l'aveu doit être majeur, libre,

(1) Moine Al Hokkam ; Omar Bey Loutfy : *De l'action pénale en droit musulman* ; Zeid Bey : *Mabahith Al Murafaat* ; Mejallat Al Ahkam. Mohamed ibn Farhoun (Malekite) : *Tabçirat el Hokkam* ; Ibn Kaïm Al Josieh (Hanbelite) : *Al Torok Al Hokmieh fi-l-Sissah Al Sharieh* (La Politique légale).

sain d'esprit et qu'il fasse l'aveu de lui-même sans aucune contrainte (1).

Le serment, constitue aussi, à défaut d'un aveu ou d'une preuve testimoniale, un mode de preuve concluant en matière civile ; il est spécial au défendeur ; le demandeur ne peut pas prouver son droit par son seul serment. Il doit prouver ses allégations par témoins et c'est seulement quand il ne peut pas fournir cette preuve qu'il est admis à déférer le serment au défendeur ; si celui-ci refuse de le prêter, le juge donne gain de cause au demandeur, s'il le prête, les allégations du demandeur seront repoussées. Le refus ou la prestation du serment par le défendeur peut constituer à lui seul une preuve conculante et suffisante.

Il faut remarquer cependant qu'en ce qui concerne la responsabilité pénale le serment n'est en aucun cas admis comme mode de preuve. « En matière répressive, dit, en effet, Omar Bey Loutfy, la délation du serment ne peut pas être utilisée comme mode de preuve (2). La délation du serment n'est admise en matière pénale que pour prouver le préjudice civil causé par l'infraction. On comprend bien l'importance accordée en droit islamique à ce mode de preuve ; la législation musulmane étant une législation religieuse, il n'est que tout naturel que les allégations affirmées sous la foi du serment soient considérées comme véridiques.

Le troisième mode de preuve est celui de la preuve

(1) Zeid Bey, p. 81.

(2) Omar Bey Loutfy, fascicule 1^{er}, p. 78.

testimoniale ; il constitue la preuve principale et la plus importante aussi bien en matière pénale qu'en matière civile. Le législateur musulman, après avoir fait des témoins le mode de preuve le plus important et le plus direct, s'est préoccupé, dans le but d'assurer aux plaideurs et aux accusés le maximum de garanties, de déterminer les conditions d'admissibilité et de validité du témoignage. Il a même fixé limitativement le nombre des témoins nécessaires pour que la preuve puisse être considérée comme établie (1) : Ces conditions sont si rigoureuses qu'on peut difficilement concevoir qu'un témoignage, répondant à toutes les exigences de la loi, puisse contenir un faux. Je citerai ici seulement les plus importantes de ces conditions.

Tout d'abord, une personne, pour être admise à déposer en justice doit réunir les conditions suivantes (2) : elle doit posséder ses facultés mentales, être majeure, libre, avoir la vue, connaître parfaitement les faits à propos desquels elle dépose en justice ; il faut qu'il n'existe aucun lien de parenté en ligne directe entre le témoin et la partie au profit de qui il témoigne, qu'il n'y ait aucune hostilité ou inimitié entre le témoin et la partie contre laquelle il dépose et qu'il n'ait aucun intérêt dans l'affaire en examen devant la justice ; il faut enfin qu'il soit intègre (Adl).

Le témoignage n'est admis d'autre part (3) que s'il

(1) Voir Zeid Bey, p. 114 ; *Mejallat*, article 1685.

(2) Zeid Bey, p. 103 ; *Mejallat*, articles 1700 et 1702.

(3) Sauf quelques exceptions peu nombreuses.

rapporte des faits précis vus par le témoin lui-même. Il en résulte, qu'en principe, le témoignage par ouï-dire n'est pas admis en droit islamique (1).

La preuve littéraire.

Il ne serait pas sans intérêt, puisque nous parlons de la preuve en droit islamique, d'expliquer en quelques mots la place qu'y tient ce mode de preuve.

On a coutume de dire à ce propos que le droit islamique ne reconnaît aucune force probante à l'écrit ; une telle affirmation n'est pas tout à fait conforme à la vérité. Le Koran, dans le chapitre 2, verset 282 et versets suivants (2) mentionne dans des termes très clairs ce mode de preuve. Les commentateurs du livre saint se sont divisés en deux groupes dans l'interprétation de ces textes. L'une soutenait qu'ils ne renfermaient qu'un simple conseil de mettre les dettes dans un écrit qui servirait au besoin à rafraîchir la mémoire des témoins (3) ; l'autre soutenait que ces textes rendaient obligatoire la mise en écrit des engagements. L'opinion dominante dans le rite Hanéfite n'accordait aucune force probante

(1) Zeid Bey, p. 116 ; *Mejallat*, 1688.

(2) « O Groyants, lorsque vous vous obligerez à payer une dette au terme prescrit, qu'un scribe en fasse fidèlement l'engagement. Qu'il écrive comme Dieu le lui a enseigné ; qu'il écrive et que le débiteur dicte ; qu'il craigne le Seigneur et ne retranche aucun article de la dette. Si le débiteur était ignorant, malade ou hors d'état de dicter, que son procureur le fasse pour lui, suivant les règles de la justice. Qu'on appelle pour témoins deux hommes, ou à défaut de l'un d'eux, deux femmes choisies à votre gré... Qu'on écrive en entier la dette, grande ou petite, jusqu'au terme de la liquidation ».

(3) Fakhr El Razi, t. II, p. 370, cité par Omar Bey Loutfy.

à l'écrit, mais quelques opinions divergentes lui reconnaissent cette force dans des cas exceptionnels, comme si, par exemple, l'écrit était fait par le débiteur lui-même sous la forme d'une lettre missive, portant en titre l'adresse du créancier, ou encore s'il était rédigé dans la forme ordinairement prescrite par les usages locaux. Cette opinion reconnaissait aussi la force probante, aux actes prescrits sur les registres des magistrats.

La première opinion (qui n'accorde aucune force probante à l'écrit) prévalut aux premiers temps de l'Islam, étant en harmonie avec les conditions sociales de la communauté arabe de cette époque — l'écriture n'était pas répandue dans la société arabe primitive — Mais avec le développement des conditions sociales et économiques de la société musulmane, une force probante est, plus tard, pleinement reconnue à l'écrit. Le *Mejallat* de la Turquie et le décret réglementaire de Mahakim Sharieh actuellement en vigueur en Egypte assimilent l'écrit à l'aveu et lui reconnaissent une force probante absolue, tant qu'il n'est pas entaché de faux (1).

II

L'APPRÉCIATION DE LA PREUVE PAR LE JUGE

Nous avons vu plus haut, que la preuve en droit islamique peut être complètement établie par l'aveu, le serment ou le témoignage d'un nombre de témoins déter-

(1) Voir l'article 1606 et suivants du *Medjallat* et l'article 130 et suivants du décret réglementaire égyptien,

miné limitativement par la loi pour les divers cas (1). Mais est-ce à dire que, dès que la preuve légale sera fournie dans la forme prescrite par la loi, le juge n'aura plus qu'à rendre sa sentence en s'y conformant sans aucun pouvoir d'appréciation de la preuve fournie ? Est-ce à dire que le juge ne joue dans l'administration de la preuve que le rôle passif d'enregistreur des résultats ? On l'a prétendu. M. Morand, doyen de la faculté de droit à Alger écrit à ce propos dans son livre : « Etudes du droit musulman Algérien » : « Ces citations (2) pourraient être multipliées ; mais elles suffisent à montrer que chez les Musulmans, le juge n'a point en principe qualité pour statuer sur la valeur des preuves produites » (3). Plus loin encore il écrit : « Il (magistrat) n'a point à s'occuper du triomphe de la vérité, ni de la justice » (4) et encore « Les débats judiciaires sont une sorte de tournois auquel il assiste, impassible et dont il se bornera à enregistrer les résultats ».

Or, nous prétendons et nous le montrerons tout à l'heure que le magistrat de l'Islam avait pour mission d'assurer « le triomphe de la vérité et de la justice » et

(1) Ainsi la preuve de l'adultère ne pourra être établie que par quatre témoins mâles ; deux témoins mâles sont exigés pour la preuve des autres *hodoud* (crimes), deux témoins mâles ou un homme et deux femmes pour la preuve des autres droits, un seul témoin est suffisant dans quelques cas déterminés par la loi (Zeid Bey, p. 114).

(2) Ce sont les règles concernant le nombre des témoins exigés par la loi dans les divers cas et que nous avons reproduites plus haut.

(3) P. 332.

(4) P. 332.

qu'il jouissait dans l'appréciation de la preuve d'un pouvoir suffisant pour lui permettre de remplir cette mission : Telle est l'opinion des meilleurs jurisconsultes musulmans que nous citons à notre appui.

Tout d'abord, et en ce qui concerne l'aveu qui est considéré même par les lois de notre époque, comme la preuve la plus formelle, ne laissant rien à discuter, le juge de l'Islam a, du moins en matière pénale, le droit de reopusser l'aveu qui lui paraît faux ou qui n'a pas pour but d'établir la vérité (1).

En ce qui concerne la preuve testimoniale, il est vrai que le législateur a fixé limitativement le nombre — minimum — des témoins nécessaires pour établir la preuve dans les divers cas ; il a par conséquent limité un peu, le pouvoir d'appréciation du juge, mais il n'a jamais prescrit à celui-ci de conformer sa sentence aux dépositions des témoins même s'il conçoit des doutes sur la vérité des faits apportés par ceux-ci (2). Le juge n'est nullement obligé de rendre sa sentence s'il n'est pas convaincu de la vérité des faits. Le juge jouit dans ce domaine d'un grand pouvoir. Il peut recourir à tout moyen pour s'assurer de la sincérité des dépositions des témoins (3). Il peut leur faire subir les interrogatoires les plus serrés, il peut les interroger séparément, les confronter, etc... il n'est pas obligé de faire droit aux allégations du demandeur, tant qu'il n'est pas convaincu

(1) Omar Bey Loutfy, fascicule 1^{er}, p. 76.

(2) Zeid Bey, p. 98.

(3) Ibn Farhoun : *Tabçirat Al Hokkam*, t. II, p. 109 et suivantes.

de la sincérité des dépositions faites. Bien plus, il peut refuser la déposition d'un témoin simplement parce qu'il ne lui inspire pas confiance et sans autre examen.

En matière pénale les dispositions de la loi sont plus formelles. Un hadith du prophète porte ceci : « Repoussez les peines par le doute ».

Les pouvoirs du magistrat de l'Islam, dans l'administration de la justice sont d'autant plus grands qu'il est le seul chargé de cette administration : l'institution du ministère public n'étant pas connue dans l'Islam.

Enfin, que peut dire M. Morand contre le pouvoir du juge dans l'appréciation des présomptions concluantes ? Ce mode de preuve, s'il n'est pas admis par *l'unanimité* des jurisconsultes, n'est pas moins un mode de preuve admis par des jurisconsultes d'autorité. Il est consacré par les articles 1740 et 1741 de Mejjallat El Ahkam.

SECTION TROISIEME

LE JUGE DE L'ISLAM ET LA PROTECTION DES INCAPABLES (1)

Il existe en droit islamique, deux sortes de tutelles (2) : une tutelle quant à la personne de l'incapable et une

(1) Nous n'entendons parler ici que du rôle du juge dans la protection des incapables ; nous n'avons pas l'intention d'étudier l'ensemble du système.

Voir Mawerdi : *Les statuts gouvernementaux, la judicature*. Morand : *Etudes du droit musulman ; Le code égyptien de statut personnel*.

(2) La tutelle quant à la personne du mineur cesse au moment où le mineur atteint sa puberté ; celle-ci se reconnaît par des signes corporels certains (la virilité chez les garçons et la nubilité chez les

autre quant à ses biens. La première appartient au père et ensuite à l'aïeul parternel ; à leur défaut elle est dévolue aux parents « aceb » suivant l'ordre de leur degré de parenté. La deuxième appartient, en ce qui concerne les mineurs, tout d'abord au père et après lui à son tuteur testamentaire ; à leur défaut elle est dévolue au grand-père et à son tuteur testamentaire ; à leur défaut elle est dévolue au juge. La tutelle, quant aux biens, en ce qui concerné les autres incapables : les aliénés, les imbéciles, les prodigues, etc... est dévolue directement au Kadi.

Les enfants sont soumis dès leur naissance au régime de tutelle.

A défaut des personnes désignées par la loi pour remplir la charge de tuteur, cette charge incombe au juge en personne. Quant aux autres incapables majeurs ils ne sont pas soumis à la tutelle qu'après la prononciation de leur interdiction par le juge ; celui-ci examine leur cas et si leur incapacité est prouvée il prononce l'interdiction et leur désigne des tuteurs.

La protection des incapables, la sauvegarde de leurs intérêts a toujours figuré parmi les attributions principales du juge de l'islam. Ces attributions, en ce qui concerne cette mission, sont de deux sortes : un contrôle général sur tous les tuteurs légaux ou testamentaires.

filles). A défaut de ces signes certains, la tutelle prend fin d'après la doctrine Hanéfite à l'âge de 15 ans. La tutelle quant aux biens ne cesse qu'au moment où le mineur est devenu majeur (par la puberté) acquiert l'aptitude de gérer son patrimoine et d'en disposer avec prudence et intelligence (Clavel ; *Du statut personnel*, p. 337).

dans sa circonscription, et une charge de tutelle directe au profit des incapables qui n'ont pas de tuteurs légaux ou testamentaires.

Le contrôle du juge se manifeste par un pouvoir de destitution de tout tuteur, quelqu'il soit qui manquerait à son devoir ou qui ne serait pas en mesure de remplir cette charge. L'article 425 du Code du statut personnel (1) porte ceci : « Si le père est prodigue des biens de ses enfants mineurs, et incapable de les conserver, le magistrat pourra nommer aux mineurs un tuteur, à qui devront être confiés les biens de ces derniers ». Le juge peut remplacer tout autre tuteur incapable de remplir les devoirs de la tutelle. L'article 445 du code du statut personnel pose cependant comme règle que « si le tuteur remplacé recouvre par la suite sa capacité, le magistrat lui rendra sa qualité de tuteur ». Le magistrat peut s'il le juge utile au lieu de remplacer le tuteur lui adjoindre un conseil judiciaire.

Dans le cas où il y a plusieurs tuteurs testamentaires ils sont tenus d'administrer les biens d'un commun accord. Si donc il y a désaccord entre eux, ils doivent se référer au Kadi.

Le juge intervient en général chaque fois que l'intérêt des incapables le réclame (2).

Dans les cas où les incapables n'ont pas de tuteurs légaux ou testamentaires, leur tutelle est dévolue comme

(1) Rite Hanéfite.

(2) Il semble que le juge pouvait intervenir dans tous ces cas, d'office et sans attendre aucune demande.

nous l'avons dit, au Kadi. Celui-ci est le tuteur naturel de tous les incapables dans sa juridiction. Le juge doit dans ce cas administrer lui-même les biens des incapables ; en pratique il délègue toujours une autre personne qui se charge de l'administration à sa place, mais une telle personne ne peut être qu'un simple mandataire du juge, le vrai tuteur, seul responsable de la gestion des biens. Le délégué du Kadi n'aura pas, dans ce cas, la capacité générale appartenant au tuteur ordinaire, mais une capacité limitée aux seuls actes autorisés par le juge.

Depuis la loi du 19 novembre 1896, cette mission de protéger les incapables et de sauvegarder leurs intérêts est conférée en Egypte à une juridiction spéciale connue sous le nom de « Madjlis Hasbiah ». D'après la loi du 13 octobre 1925, cette juridiction comporte aujourd'hui deux degrés : une juridiction de première instance comportant un Madjlis pour chaque Narkaz et un autre pour chaque département ou gouvernorat et une juridiction d'appel comportant un seul Madjlis Ali au Caire. Le Madjlis Hasbi de Markaz se compose d'un juge de tribunaux indigènes désigné par le ministre de la justice pour la présidence, d'un juge des tribunaux Sharieh et d'un notable de la localité désigné par le ministre de l'intérieur (1). Le Madjlis du département ou du gouvernorat se compose d'un juge des tribunaux indigènes désigné par le conseil des ministres pour présider le Madjlis, d'un juge des tribunaux Sharieh désigné par le

(1) Article 1^{er} de la loi,

ministre de la justice et d'un notable désigné par le ministre de l'intérieur (1). Le Madjlis Ali du Caire se compose de trois conseillers de la cour d'appel d'un membre de Mehkemeh Olia Sharieh, et d'un fonctionnaire en activité ou en retraite (2).

Ces Madjalis Hasbieh ont pour mission la protection des mineurs et des incapables et la sauvegarde de leurs intérêts. Ils nomment et destituent les tuteurs, contrôlent leur gestion, vérifient leur compte de tutelle, prononcent l'interdiction contre ceux qui ont perdu leurs facultés intellectuelles, les prodigues (3), etc...

CONCLUSION PARTICULIERE AU CHAPITRE IV

Il résulte de notre étude précédente que la justice anglaise et la justice islamique offrent à plusieurs points de vue des traits caractéristiques communs.

Tout d'abord, le principe du juge unique prépondérant en Angleterre, règne sans exception dans le système de l'Islam. La juridiction ordinaire anglaise ou la juridiction du Kadi de l'Islam étend sa compétence, en principe général, à toutes les affaires civiles pénales et administratives.

Le magistrat, dans les deux systèmes, jouit d'un grand pouvoir dans l'application de la loi pénale : le droit anglais d'une façon générale ne fixe, comme nous le savons, que le maximum de peines ; la loi islamique

(1) Article 2.

(2) Article 11.

(3) Article 3.

de son côté ne détermine la qualification et les peines que d'un petit nombre des infractions laissant la détermination des autres infractions et peines au Kadi. D'autre part, le juge anglais peut s'abstenir de prononcer la peine, là où il juge cette mesure recommandable et pour l'intérêt social et pour l'intérêt de l'accusé lui-même, le Kadi de l'Islam possédait lui aussi le droit de grâce en cas des peines Taazirs.

Ce grand pouvoir que possèdent les juges dans les deux systèmes doit sa raison d'être, à notre avis, à la situation honorable et élevée des juges et à la grande confiance qu'accorde la loi à leur capacité et à leur valeur morale.

Le système de protection des incapables est presque identique en droit anglais et en droit islamique. Cette mission intimement rattachée à l'idée de la justice, étant d'un caractère public, la magistrature était la seule désignée pour s'en charger.

Il faut remarquer cependant que l'institution d'appel, aujourd'hui solidement établie en Angleterre, n'a jamais existé dans l'Islam et que d'autre part l'institution du jury qui est la base du système judiciaire anglais, n'a jamais figuré parmi les institutions judiciaires islamiques.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Que penser du « Case-Law » ? (1)

« ...a system of judiciary law, is nearly unknown to the community, although they are bound, to adjust their conduct to the rules or principles of which it consists. Nay, it is known imperfectly to the mass of lawyers, and even to the most experienced of the legal profession. »

John AUSTIN (Lecture 39.)

Nous savons de notre étude précédente, que le « judiciary law » anglais comme la jurisprudence musulmane, ont ce trait commun d'être un « case-law », des lois de forme jurisprudentielle. Les systèmes juridiques anglais et islamiques s'opposent à ce point de vue au système continental dans lequel la codification fait la règle générale. Les multiples inconvénients que présente le système jurisprudentiel ne laisse aucun doute sur la supériorité du système de codification.

(1) Voir pour ce caractère particulier (case law) de la Common law anglaise. Ancel, p. 77, 144, 196 et suiv.

Le juge anglais, de par la nature du système juridique d'outre Manche, est tenu en prononçant ses décisions, de ne pas s'écarter du cas concret qu'il a devant lui. Il ne peut pas formuler, tel qu'un législateur proprement dit, des principes généraux et absolus qui seront de nature à s'appliquer à toute une catégorie de faits ; tout au contraire, le droit qu'il crée doit être restreint aux seuls faits intimement liés à celui qui a fait l'objet du litige (1). La loi judiciaire, par conséquent, ne peut être formée que petit à petit, « bit by bit » au fur et à mesure que les litiges se présentent à la justice. A la place d'un seul principe général embrassant un grand nombre de cas, nous trouvons de multiples règles minutieuses destinées à régler le même nombre de cas. De là l'énorme masse de « case-law » qui ne cesse de croître ; de là la difficulté de connaître les dispositions de la loi.

Ce n'est pas le seul inconvénient de la loi judiciaire, il en est un autre qui, ajouté au précédent rend inaccessible aux communs la connaissance de cette loi ; il la rend même difficile aux juristes. Ses principes juridiques, en effet, ne sont pas formulés dans des termes

(1) « In other words, the rule is necessarily limited to a narrow species or sort, although the *genus* or kind, which includes that species or sort ought to be provided for, at the same time by one comprehensive law.... The judge is further compelled to take the narrowest view possible of every subject on which he legislates. The law he make, is necessarily restricted to the particular case which gives occasion for its promulgation. » (Article de Sir Samuel Romilly, cité par Austin : *Lectures on Jurisprudence*).

nets et précis ; ils sont impliqués dans des discours interminables, mêlés aux caractères particuliers du cas concret qui a provoqué la sentence. Aussi faut-il, pour connaître les règles du droit, l'aller chercher parmi ces nombreux « dicta » et ces circonstances particulières qui l'entourent. Une telle loi ne peut être donc qu'une loi vague et obscure ; sa connaissance ne peut être acquise que par les juristes les plus habiles et les plus capables.

Que valent les qualités de conformité avec l'esprit national ou de stabilité d'une telle loi devant les formules tranchantes et précises, devant les préceptes brefs et clairs d'un code ? Ne serait-il pas préférable de transformer ces règles massives, vagues et imprécises en principes clairs et concis réunis dans un ou plusieurs codes dont l'accès serait aisé pour tous ceux qui voudraient connaître les dispositions de la loi ? Les grands avantages que présente la codification sont aujourd'hui, hors de toute discussion. Les événements se sont chargés au cours du 19^e siècle et lors de la codification française, de remporter la victoire des partisans de la codification contre ses ennemis ; les divers états européens se sont empressés d'imiter l'exemple de la France, de sorte qu'aujourd'hui la codification constitue la règle générale dans tous les systèmes juridiques de l'Europe.

La codification aura pour l'Angleterre cet autre avantage de lui assurer l'unification législative (1). L'exis-

(1) La codification peut aussi aider à la création d'une législation anglaise uniforme ; les actes de 1856 qui ont amendé la loi commerciale, et le Sale of goods act de 1893, ont assuré dans une certaine

tence de la « Common law » à côté du « statute law » n'a pas manqué de nuire à la valeur de celui-ci. En effet, les statuts anglais ne peuvent pas se suffire à eux-mêmes ; ils viennent toujours se greffer à la « Common law », déroger à quelques règles préexistantes de celle-ci. De là un chaos de législation auquel saura mettre fin une codification méthodique de ces deux ramifications du droit anglais.

Les auteurs anglais ont bien apprécié les avantages de la codification. John Austin, reconnaît dans des termes très décisifs, la « nécessité d'une codification du droit anglais, pour obvier aux multiples défauts que nous avons signalés. Il écrit dans sa « lecture 39 » (1). Since such are the monstrous evils of judicial legislation, it would seem that the expediency of a code will hardly admit of a doubt ».

Déjà antérieurement au règne de la Reine Victoria, ou sous son règne des hommes illustres tels que Mathieu Hale, Summer Maine et Stephen s'étaient attachés à l'idée de codification (1) ; le dernier a même préparé un travail de codification du droit pénal dans son « Digest of criminal law » qui a vu s'élever contre lui une grande opposition en Angleterre .

L'Angleterre n'est cependant pas hostile à toute idée mesure l'unification des législations anglaise et écossaise sur la vente. (Voir la note sur les récents progrès de la codification en Angleterre par CHALMERS, traduction française de M. le Professeur Lévy-Ullmann, dans le *Bulletin de législation comparée*, mars 1895).

(1) Austin : *Lectures on Jurisprudence*, t. II, p. 660.

(2) Lévy-Ullmann : *Cours de doctorat*, 1926-1927.

de codification. Diverses parties de la loi ont déjà reçu une codification, la loi sur les effets de commerce « bills of exchange » de 1882, le « Sale of goods act » de 1893, le « Maritime assurance act » de 1906, enfin le fameux « Law of property act » du 29 juin 1922, et les autres lois successives sur la même matière, sont toutes des lois de codification (1). Mais est-ce à dire que l'Angleterre est déjà entrée définitivement dans la voie de codification ? Nous ne pouvons pas le prétendre. « Il y a un moment dans la vie d'un peuple, comme dit M. Capitant » (2) où la codification devient un véritable besoin social. « L'Angleterre n'est pas encore mûre pour la codification » (3). On est incliné cependant à croire que ce moment dont parle M. Capitant arrivera un jour pour l'Angleterre et alors la codification entrera dans la voie de réalisation.

Passons maintenant à la jurisprudence islamique. L'examen le plus rapide de cette jurisprudence suffit pour nous montrer qu'elle contient autant de vices de formes que le « judiciary law » anglais. Les recueils de la jurisprudence musulmane contiennent une masse énorme de « case-law » pratique et artificiel ; de décisions judiciaires proprement dites à côté des décisions données par les jurisconsultes à des milliers et des milliers de cas imaginés par eux. Parmi ces solutions,

(1) Quelques auteurs prétendent cependant que le « Law of property Act » n'est pas une loi de codification.

(2) Introduction à l'étude du droit civil, p. 94.

(3) Lévy-Ullmann : *Cours de doctorat*, 1926-1927.

grand nombre ne présente aucun intérêt pratique, étant difficilement réalisable. En plus dans un seul volume du même recueil du même rite, nous trouvons reproduit pour le même cas des multiples règles divergentes et même contradictoires. Chaos de solutions juridiques juxtaposées sans aucun ordre, sans aucune méthode. Ajoutons que la langue juridique dans laquelle sont conçues ces solutions est extrêmement obscure et difficile à comprendre, ce qui a nécessité pour chaque recueil des commentaires et des commentaires de ces commentaires : jurisprudence flottante, vague et imprécise. Assurer la justice sous l'empire de telles lois, nous paraît une tâche difficile sinon irréalisable. La connaissance de cette jurisprudence n'est acquise aux juristes qu'au prix d'études longues et pénibles tandis que la majorité de la population ne peut avoir aucune notion de cette loi à laquelle elle doit obéissance.

Il nous semble qu'un remède doit être apporté à cet état lamentable de la jurisprudence et que ce remède ne saurait être que la codification.

Cette codification doit avoir deux buts : tout d'abord assurer l'unification législative et ensuite débarrasser la loi des obscurités, des incertitudes et des inconsistances, la purger des détails oiseux et des répétitions inutiles, d'en réduire les dimensions et d'en faciliter l'application.

Le premier but peut être atteint tout d'abord par un choix de règles qui conviennent le mieux aux conditions de la vie moderne, opéré dans la masse de jurisprudence de l'un ou l'autre des rites musulmans ;

ensuite par un recours direct aux deux sources principales de la loi pour en extraire des solutions nouvelles là où la jurisprudence existante ne répond pas à cette condition (1).

Le deuxième but peut être atteint par un classement méthodique et systématique dans un ou plusieurs codes, des principes ainsi réalisés.

La Turquie avait déjà, en 1868, réalisé la codification d'une partie du droit musulman qu'elle a condensé dans le *Mejallat El Ahkam* classé méthodiquement à l'instar de codes modernes. Une codification de la législation concernant le *Wakf*, le droit privé, et le statut personnel et la succession, a été accomplie en Egypte vers la fin du 19^e siècle, par un juriste égyptien : Mohamed Kadry Pacha ; mais ces codes s'ils ont été imprimés par le gouvernement et admis dans l'enseignement, ne sont pas revêtus de la force obligatoire.

La *Mejallat* et les codes égyptiens ont puisé leur matière uniquement dans le rite Hanéfite.

Un « code musulman algérien » contenant quatre livres (statut personnel, statut successoral et *Hobous*, statut réel immobilier, preuves) a été aussi préparé, en 1914, en Algérie, mais il n'a pas été revêtu de la force obligatoire. La tâche est donc facile et réalisable ; il faut cependant compter avec les résistances que peuvent ren-

(1) Nous croyons avoir suffisamment répondu, à l'avance, à toute objection qui puisse être soulevée contre la codification du droit islamique ou contre le procédé que nous proposons ici pour sa réalisation, dans notre section consacrée au « développement du droit islamique ».

contrer de telles réformes, et qui auraient pour effet de retarder pendant un temps plus ou moins long la réalisation de ces réformes.

VU : *Le Doyen,* VU : *Le Président de Thèse,*
H. BERTHELEMY, HENRI LEVY-ULLMANN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Pour le Recteur de l'Académie de Paris,
L'Inspecteur d'Académie,
MAURELLET.

BIBLIOGRAPHIE

Cette bibliographie ne signale que les ouvrages utilisés au cours de ce travail.

OUVRAGES GENERAUX

- BOUCHARDON (Pierre). — *Le magistrat*, 1926.
- CAPITANT (H.). — *Introduction à l'étude du droit civil, notions générales*. 4^e édit., 1923.
- GENY (François). — *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit privé positif*. 2 volumes, 2^e édit., 1919.
- HAURIOU (Maurice). — *Précis de droit constitutionnel*. 2^e édit., 1929.
- LAMBERT (Edward). — *La fonction du droit civil comparé*. 1903.
- *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*. Paris, 1921.

OUVRAGES SUR LE DROIT ANGLAIS

- ALEXANDER (G. Glover). — *The administration of justice in criminal matters*, 1915.

- ALLEN (Carleton Kemp). — *Law in the making*, 1927.
- ANGEL (Marc). — *La Common law d'Angleterre*. Thèse Paris, 1927, deuxième tirage 1929.
- AUSTIN (John). — *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*. 5^e éd., 1885.
- BARDA (Ernest) : *L'exécution spécifique des Contrats : Etude de droit anglais comparé*. Thèse Paris, 1928.
- BLACKSTONE. — *Commentaries on the law of England*, 1811.
- CAMPBELL (Lord). — *Lives of chief justices*, 3 volumes, 1849, 1857.
- CARTER (At.). — *A history of english legal institutions*, 1902.
- CURTI (Arthur). — *Manuel de droit civil et commercial anglais, traduction française*. Paris, 1928.
- DICEY (A.-C.). — *Leçon sur les rapports entre le droit et l'opinion publique en Angleterre au cours du 19^e siècle*. Traduction de Alb. et Gaston Gèze, Paris, 1906.
- EVERSLEY. — *Law of the domestic relations*, 4^e édit. 1926.
- FAYE (Roger). — *Le pouvoir du juge en Angleterre*, thèse Paris, 1912.
- FERE (Victor). — *Le mineur, sa condition générale et sa capacité contractuelle dans le droit anglais*. Thèse Paris, 1923.
- FRANQUEVILLE (Comte de). — *Le système judiciaire de la Grande-Bretagne*, 2 volumes, 1893.

- FRANQUEVILLE (Comte de). — *Les institutions politiques, judiciaires et administratives de l'Angleterre*, 1863.
- FOSS (Edward). — *The judges of England with Sketches of their lives connected with the courts at Westminster*, 9 volumes, 1848-1864.
- HODLSWORTH (W.-S.) — *A history of english law* 3^e édition, 1923. 9 volumes.
- HOLDSWORTH. — *Sources and litterature of english law* 1925, 1 volume.
- JENKS. — *The book of english law*, 1928.
- JENCKS Edward). — *A short history of english law from the earliest times to the year, 1911*, 1^{re} édition, 1912.
- LÉVY-ULLMANN. — *Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques.*
Le système juridique de l'Angleterre, tome premier : *Le système traditionnel*, 1928.
- LÉVY-ULLMANN. — *Cours de doctorat*, 1926-1927.
- MASSON. — *La Suprême Cour d'Angleterre*, thèse, Paris, 1924 (1).
- MAXWELL. — *On the Interpretation of Statutes*, 5^e éd. par Stroud 1912.
- POLLOCK (Sir Frederick). — *A first book of jurisprudence*, 1896.
- POLLOK. — *Essays in jurisprudence and ethics* 1882.
- POLLOCK. — *The genius of the Common law*, 1912.

(1) Cette thèse ne figure pas dans le catalogue de la Bibliothèque de la Faculté de Droit.

SALMOND (John). — *Jurisprudence or the theory of law.*
1902.

STEPHENS. — *Commentaries on the laws of England,*
19^e édition, 1928, par Cheshire.

RECUEILS ET REVUES

WHITE (and Tudor). — *A select of leading cases in Equity.* 8^e édit., 1910-1912.

— *Law Journal*, 1907.

— *Bulletin de la Société de législation comparée*
depuis 1895.

— *Revue Internationale du travail*, 1924-1926.

OUVRAGES SUR LE DROIT ISLAMIQUE

ABD EL FATTAH EL SAID BEY. — *De l'étendue des droits de la femme dans le mariage musulman et particulièrement en Egypte.* Thèse Dijon, 1922.

ABU-L-FATH BEY. — *Histoire de législation et ouçoul el Fikh.* 3^e édit., 1340 H, 1922.

ABU YOUSOF YAKOUB. — *Le livre de l'impôt foncier, traduction française de M. Fagnan*, 1921.

ALA EL DINE (Iman Abu-l-Hassan Ali ibn Khalil). — *Moïne el-Hokkam*, 1^{re} éd., Boulac, 1300 H.

AL ASKALANI (9^e siècle H). — *Fath El Bari*, 1329 H.

AL KINDI (4^e siècle H). — *The history of the Egyptian Cadis.* Ed. de Richard Gottheil, 1908.

AL MAKRIZI. — *Khitat ed. arabe* 1270 H. Traduction française de « Casanova » 1906-1920.

AL NOWERI (Shihab-ed-dine). — *Nihayat El Arab*, édit.,
de la bibliothèque nationale du Caire, 1926 J. C.
(1345 H.).

ALI ABD EL RAZIK. — *L'Islam et les bases du gouverne-
ment*. 2^e édit., 1925.

ALI PACHA MUBARAK. — *Khitat Tawfikieh*. 20 volumes,
1306, H.

ARIF BEY EL NAKADI. — *La justice musulmane*. Confé-
rence Damas, 1922.

AZIZ KHANKY BEY. — *Dix mémoires sur l'histoire de la
judicature et de la législation*. Le Caire, 1917.

BAIHAÏ (Ibrahim ibn Mohamed). — *Mahaçin et Massawi*.

BOKHARI (Çahih el). — *Les traditions islamiques*, traduc-
tion française de Houdas et Marçais, 1894-
1905.

CADOZ. — *Initiation à la science du droit musulman*,
1868.

CLAVEL (Eug.). — *Droit musulman, du Statut personnel
et des successions*, 1895.

GEORGY (Zidan). — *Histoire de la civilisation islamique*.
5 volumes. Le Caire, 1921.

GOTTHEIL (Richard). — *A distinguished family of the
Fatimide Kadis*.

HAIDAR MARDAM BEY. — *L'organisation judiciaire et le
principe de l'égalité entre les justiciables*.
Paris, 1929.

HOUTSMA. — *Encyclopédie arabe*.

IBN ABDINE. — *Commentaires*, troisième édit., 1324 H.

IBN-EL-KAIM AL DJOZI (8^e siècle de l'hégire). — *Zad el
Maad*; édit. du Caire, 1347 H., 1928, J. C.

- *Al Torok Al Hokmieh fi-l-Siassah Sharieh.* (La politique légale), 1317 H.
- *Eilam Al Mouakkin An Rab El Alamine.*
- IBN FARHOUN (Burhan ed-dine Abu-l-Wafa). — *Tabçirat-el-Hokkam*, édit. du Caire, 1302 H.
- IBN KHALDOUN (14-15^{es} siècles). — *Les Prolégomènes.* Traduction de De Slane, 3 vol. Paris, 1863-1865.
- IBN KHALLIKAN'S (biographical dictionary, traduction de). — *De Slane*, 1842-1871.
- KALKASHANDI (Sobbi-l-Aacha). — *Imprimerie nationale du Caire*, 1334 H., 1916, J. C. 12 volumes.
- KAZIMIRSKI. — *Traduction du Koran*, 1840.
- KHALIL. — *Code Musulman, Statut réel, traduction française de Seignette.* Paris, 1911.
- KHALLAF (Abd-el-Wahhab). — *Cours enseigné à l'école de Kada Shari du Caire*, 1924.
- KHUDARY BEY (Mohamed). — *Ouçoul el Fikh*, 1329 H.
- *Histoire de la législation islamique*, 1344 H., 1926, J. C.
- *Histoire de nations musulmanes.*
- LANE. — *Account of the manners and customs of modern Egyptians*, 1833.
- LE BON (D^r Gustave). — *La civilisation des Arabes.* Paris, 1884.
- MAWERDI (Abu-l-Hassan Ali, (5^e siècle H). — *Les statuts gouvernementaux.* Edit. arabe 1327 H., 1909, J. C., traduction française de M. Fagnan, 1915.
- MOHAMED ABDU. — *Rapport sur la réforme des Mahakim Sharieh rédigé au mois de novembre 1899.*

MORAND (Marcel). — *Introduction à l'étude du droit musulman algérien* 1921.

— *Etudes de droit musulman algérien*, 1910.

OMAR BEY LOUTFY. — *De l'action pénale en droit musulman*, 1897-1899.

OSTROROG (le comte). — *Traduction française du traité de droit public musulman de Mawerdi*, 1900.

SAWAS PACHA. — *Etude sur la théorie du droit musulman*, 2 volumes. Paris, 1892-1898.

SYUTI (Galal ed-dine, 9^e siècle de l'hégire). — *Husn el Muhadarah*, édition arabe du Caire, 1327 H.

VAN DEN BERG. — *Principes du droit musulman traduit de l'Hollandais par De Tersant et Damiens*, 1896.

ZEID BEY (Mohamed). — *Mabahith Al Murafaat*. 3^e édition, 1343 H., 1924, J. C.

REVUES ET JOURNAUX

Mejallat al Kada el Shari : depuis l'année 1341 de l'hégire.

Mejallat al Ahkam el Adlich (Code civil ottoman).

Al Muhamah.

L'Egypte contemporaine.

Revue de la Faculté du droit du Caire.

Al Manar : (tome 18^e). Revue mensuelle.

Revue des études ethnographiques et sociologiques, 1908.

Revue de Paris, 1916.

Revue du Monde musulman, 1911.

Revue de l'histoire des religions, 1898.

Code (Egyptien) du Statut personnel.

Journal of the Royal asiatic society, 1910-1911.

Journal Al Ahram, *Journal Al Mokattam*.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	7
--------------------	---

PREMIERE PARTIE

LE ROLE DU JUGE DANS LE DROIT ANGLAIS

CHAPITRE PREMIER. — <i>L'organisation judiciaire en Angleterre</i>	11
--	----

Traits caractéristiques de l'organisation judiciaire anglaise 11. — La Chambre des Lords 17. — La Cour Suprême de justice 18. — La Cour d'Appel, 18. — La Haute-Cour 19. — Les Cours de comté 22. — La juridiction sommaire pénale 24. — Les Cours de sessions trimestrielles 26. — Les cours d'assises 27. — La Cour centrale criminelle 28. — La Cour d'Appel Criminelle 29.

CHAPITRE DEUXIÈME. — <i>Les juges anglais à travers les âges</i>	32
--	----

I. — La situation matérielle des juges, leurs traitements et leurs costumes	36
---	----

II. — Nomination et révocation des juges.....	41
III. — L'inamovibilité	45
IV. — Le juge au travail	47
V. — Caractères et moralité des juges.....	49
CHAPITRE TROISIÈME. — <i>L'œuvre du juge dans le domaine du droit</i>	53
La théorie générale de la coutume	55
SECTION PREMIÈRE : <i>Le rôle du juge dans la forma- tion de la Common law anglaise</i>	65
Défense de la théorie moderne	73
I. — Le droit de Contract and Tort.....	78
II. — La loi marchande ; le droit commercial ..	85
SECTION DEUXIÈME : <i>L'Equity</i>	93
I. — Le Trust ou Uses	96
II. — La formation de la doctrine de Married Wo- men's separate estate	102
SECTION TROISIÈME : <i>L'autorité du précédent judi- ciaire</i>	106
SECTION QUATRIÈME	118
I. — <i>Le juge et le Statute law</i>	118
II. — <i>L'interprétation du Statute Law</i>	127
SECTION CINQUIÈME. — <i>Examen critique du judi- ciary law</i>	146
SECTION SIXIÈME. — <i>Le juge-législateur ; les règles de la procédure</i>	155

CHAPITRE QUATRIÈME. — <i>Le rôle social du juge..</i>	158
<i>L'Administration de la justice en Angleterre..</i>	158

SECTION PREMIÈRE : I. — *Les principes directeurs de la procédure anglaise* 160. — *L'audience publique* 160. — *Le jury* 161. — *La prescription* 162. — *Le pouvoir du juge : discovery of documents* 164. — *Annulation de la procédure* 164. — *Le « Poor Persons »* 165. — *Défaut du ministère public* 166.

II. — A) *La procédure civile* 167

 B) *La sanction du droit civil* 171

SECTION DEUXIÈME : I. — *La procédure criminelle.* 180

II. — *Le pouvoir du juge dans l'application des lois pénales* 194

III. — *Le Contempt of court* 199

SECTION TROISIÈME. : *La preuve en droit anglais ..* 201

La preuve écrite 203. — *La preuve testimoniale* 206. — *Hearsay évidence* 212.

SECTION QUATRIÈME : *La protection des mineurs en droit anglais* 214

SECTION CINQUIÈME : *Le rôle constitutionnel et administratif du pouvoir judiciaire* 223

DEUXIEME PARTIE

<i>LE ROLE DU JUGE DANS LE DROIT DE L'ISLAM</i>	231
CHAPITRE PREMIER. — I. — Avertissement	231
II. — L'organisation de la justice dans le gouvernement islamique	233
III. — Les redressements des griefs.....	244
IV. — L'état actuel de l'organisation judiciaire..	253
CHAPITRE DEUXIÈME : <i>Les juges de l'Islam à travers les âges</i>	256
I. — La nomination et la destitution des juges...	260
II. — Leurs traitements	265
III. — Rang, probité et indépendance du juge..	269
CHAPITRE TROISIÈME : <i>Le rôle du juge dans l'élaboration du droit</i>	277
SECTION PREMIÈRE : <i>La législation islamique</i>	277
I. — Les Sources du droit musulman	277
II. — Le Koran	280
III. — La Sunna	287
IV. — L'idjma et le Kiyas	293
SECTION DEUXIÈME : <i>L'élaboration progressive du droit musulman</i>	296
I. — Le juge et le Mufti	296
II. — La formation de la jurisprudence musulmane	303

SECTION TROISIÈME : <i>Le fonctionnement de l'idj-tihad</i>	326
---	-----

SECTION QUATRIÈME : <i>L'évolution du droit musulman</i>	336
--	-----

L'ouverture de la porte de l'idjtihad	336
---	-----

Conclusion particulière à ce chapitre (3°).....	351
---	-----

CHAPITRE QUATRIÈME : <i>Le rôle social du juge</i>	354
---	-----

La justice musulmane	354
----------------------------	-----

SECTION PREMIÈRE :

I. — Traits caractéristiques de la justice musulmane	356
--	-----

a) L'autorité de la chose jugée.....	356
--------------------------------------	-----

b) La prescription en droit musulman.....	363
---	-----

c) La contrainte par corps	365
----------------------------------	-----

II. — Le pouvoir du juge en matière pénale	366
--	-----

SECTION DEUXIÈME : <i>Notions générales de la preuve en droit islamique</i>	370
---	-----

I. — Principaux modes de preuve	370
---------------------------------------	-----

II. — L'appréciation de la preuve par le juge....	374
---	-----

SECTION TROISIÈME :

Le juge et la protection des incapables.....	377
--	-----

Conclusion particulière au chapitre quatrième.	381
--	-----

CONCLUSION GENERALE :

Que penser du Case law ? 383

BIBLIOGRAPHIE 391

TABLE DES MATIERES 399

